# Der Anspruch auf Erteilung eines Dienstzeugnisses.

---

**Inaugural-Dissertation**

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Peter zum Sande**
Gerichtsreferendar aus Berlin

Approbiert am 26. Februar 1937

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

## Gliederung.


Seite:

A. Geschichtliche Entwicklung und Wesen des Zeugnisses . . . . . . . . . . . 7

B. Der Anspruch auf Erteilung des Zeugnisses . . . . . . . . . . . . . . 8

I. Die Rechtsgrundlage . . . . . . . . . . . . . . . . . . 8

1. Oeffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch? . . . . . . . . . 8

2. Vertraglicher oder außervertraglicher Anspruch? . . . . . . . . . . . 9

3. Die „vertragliche" Treupflicht als Grundlage des Zeugnisanspruchs . . . . 10

a) Anspruch trotz Nichtigkeit des Dienstvertrages . . . . . . . . . . 11

α) Das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis als Grundlage der Treupflicht . . 11

aa) Voraussetzungen des Entstehens der Treupflicht außerhalb eines Vertrages 13

β) Kein Widerspruch zu den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit . . . 13

aa) Zweck der §§ 104 ff. BGB . . . . . . . . . . . . . 13

bb) Zeugniserteilung kein vermögensrechtliches Erfüllungsgeschäft . . . . 13

II. Der Berechtigte . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 14

1. Der allgemeine Grundsatz . . . . . . . . . . . . . . . . 14

2. Die Beschränkung auf persönlich abhängige Dienstverhältnisse . . . . . . 14

3. Die Erweiterung auf wirtschaftlich abhängige, rechtlich aber selbständige Unternehmer 15

4. Möglichkeit eines Verzichts auf das Zeugnis . . . . . . . . . . . 16

5. Besonderheiten bei minderjährigen Dienstgehilfen . . . . . . . . . . 17

III. Der Verpflichtete . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 18

1. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 18

2. Die Ausstellung durch einen Vertreter . . . . . . . . . . . . . 19

3. Die Ausstellung durch den Erben . . . . . . . . . . . . . . 19

4. Die Ausstellung bei rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge . . . . . . . . 20

5. Die Ausstellung im Falle des Konkurses des Dienstherrn . . . . . . . 20

6. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nichterfüllten Vertrages . . . . . 20

C. Zeitpunkt der Erteilung des Zeugnisses . . . . . . . . . . . . . . 21

I. Der früheste Zeitpunkt . . . . . . . . . . . . . . . . . 21

1. Die ordentliche Kündigung . . . . . . . . . . . . . . . . 21

2. Die außerordentliche Kündigung . . . . . . . . . . . . . . 23

II. Dauer des Anspruchs . . . . . . . . . . . . . . . . . . 24

D. Form des Zeugnisses . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 25

E. Inhalt des Zeugnisses . . . . . . . . . . . . . . . . . . 25

I. Die Dienstbescheinigung . . . . . . . . . . . . . . . . . 26

1. Die Art der Beschäftigung . . . . . . . . . . . . . . . . 26

2. Die Dauer der Beschäftigung . . . . . . . . . . . . . . . 27

3. Zeugnis über Art oder Dauer? . . . . . . . . . . . . . . 27

II. Das Zeugnis im weiteren Sinne . . . . . . . . . . . . . . . 27

1. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 27

2. Die Führung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 29

3. Die Leistungen . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 30

4. Sonstige Angaben im erweiterten Zeugnis . . . . . . . . . . . . 30

5. Zeugnis über Führung oder Leistungen? . . . . . . . . . . . . 31

6. Verbot besonderer Merkmale . . . . . . . . . . . . . . . 32

F. Berichtigung des Zeugnisses . . . . . . . . . . . . . . . . . 32

I. Anspruch des Dienstgehilfen . . . . . . . . . . . . . . . . 32

II. Anspruch des Dienstherrn . . . . . . . . . . . . . . . . . 33

G. Die Durchsetzung des Zeugnisanspruchs . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
I. Allgemeines . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
II. Der Klageantrag bei Zeugnisverweigerung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
III. Der Antrag der Berichtigungsklage . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
IV. Zwangsvollstreckung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

H. Haftung des Dienstherrn bei Verletzung der Zeugnispflicht . . . . . . . . . . .
I. Haftung gegenüber dem Dienstgehilfen . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
II. Haftung gegenüber Dritten . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

J. Auskünfte . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
I. Das Verhältnis zwischen altem Dienstherrn und Dienstgehilfen . . . . . . . .
1. Recht auf Auskunftserteilung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
2. Pflicht zur Auskunftserteilung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
II. Verhältnis zwischen Auskunftserteiler und -empfänger . . . . . . . . . . . . .
III. Haftung des Dienstherrn bei falscher Auskunftserteilung . . . . . . . . . . . .
1. Haftung gegenüber dem Dienstgehilfen . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .
2. Haftung gegenüber dem neuen Dienstherrn . . . . . . . . . . . . . . . . . . . .

## Verzeichnis der benutzten Schriften.


Anthes: Kann der Arbeitgeber ein unrichtiges Zeugnis zum Zwecke der Berichtigung zurückverlangen?; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1933, S. 159 ff.

Baum: Handbuch für Gewerbe und Kaufmannsgerichte, Berlin 1912.

Baumbach: Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 3. Auflage 1934.

— Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Auflage 1936.

Becker: Das Zeugnis der Angestellten; in „Das Schlichtungswesen", 1929, S. 51 ff.

— Das Dienstzeugnis; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1934, Heft 9, S. 271.

Bendix: Gibt es Grenzen für das Wahrheitsrecht des Ausstellers eines Dienstzeugnisses?"; in „Das Arbeitsgericht", 1929, S. 471.

— Drei Fragen aus dem Dienstzeugnisrecht; in „Archiv für Bürgerliches Recht", Bd. 28, S. 94.

Bericht der Kommission über die Vorberatung zu dem Entwurf eines HGB und eines EG. Abgedruckt in „Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich" und dem Einführungsgesetz, Carl Heymann's Verlag, Berlin 1897.

Boehmer: Der Uebergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben; in „Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben", Berlin und Leipzig 1929.

Brambach: Das Dienstzeugnis nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Handelsgesetzbuchs und der Gewerbeordnung. Dissertation Göttingen 1936.

Burchardt: Zur Frage der Auskunftserteilung des Arbeitgebers über seine früheren Arbeitnehmer; in „Deutsches Arbeitsrecht", 1935, S. 27 ff.

du Chesne: Der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses; in „Das Recht" 1923, S. 81.

Dersch: Grundsätzliches über eine künftige Neuregelung der Zeugnisausstellung im Arbeitsrecht; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1936, S. 67.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommt. 1934.

— -Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage 1934.

Franke: Form und Inhalt von Zeugnissen; in „Das Arbeitsgericht" 1932, S. 505.

Frankenburger: Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Auflage, 1921.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Auflage, 1934.

Hentschel: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1936, Heft 11, S. 299 ff.

Horrwitz: Das Recht des Handlungsgehilfen und Handlungslehrlings, Berlin 1905.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I 1928.

Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, 3. Band 1912.

v. Karger: Das Dienstzeugnis; in „Rechtsfragen der Praxis", Band III 1908.

— Die Erzwingung der Ausstellung und Berichtigung von Zeugnissen; in JW. 1927, S. 2361.

Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, Berlin 1932.

Korn: Handkommentar zum Handelsgesetzbuch, 1929.

Krückmann: Das unrichtige Dienstzeugnis und die Haftung des Ausstellers gegenüber Dritten; in „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht" 1927, Sp. 73 ff.

Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung, 8. Auflage 1932.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch, Band I, Berlin 1914.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1908.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, 1906.

Mansfeld: Vom Arbeitsvertrag; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1936, Heft 5, S. 118 ff.

Marcus: Zur Zeugnispflicht des Dienstherrn; in „Das Recht" 1902, S. 610 ff.

Möllmann: Das Dienstzeugnis, Berlin 1911.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1899.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Berlin 1929.

— Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.

Original-Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Oßwald: Dienstzeugnis und Auskunfterteilung; in Lpz. Z. 1929, Sp. 231 ff.

Pfeiffer: Die Natur des Anspruchs auf Erteilung des Dienstzeugnisses; in „Archiv für Bürgerl. Recht", Band 39, S. 314 ff.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Auflage.

RGR-Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Auflage, 1934.

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage, 1932.

v. Rohmer: Arbeitszeitordnung v. 26. Juli 1934; 4. Auflage, 1935.

Schaps-Mittelstein-Sebba: Das Deutsche Seerecht, Komment. 2. Aufl., 1929.

v. Schulz-Schalhorn: Arbeitszeugnis, Lehrzeugnis und Arbeitsbuch; in „Das Gewerbegericht" Berlin 1903, S. 7 ff.

Siebert: Arbeitsverhältnis und Vertrag; in „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht" 1936, S. 93 ff.

— Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit; 1935.

— Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses; in „Deutsches Arbeitsrecht" 1936 Heft 1, S. 6 ff.

Sohm: Der Gegenstand; in „Drei Beiträge zum Bürgerlichen Recht", Leipzig 1905.

Sperling: Von welchem Zeitpunkt an kann der Anspruch auf ein Dienstzeugnis geltend gemacht werden?; in „Das Schlichtungswesen" 1927, S. 305 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl. 1928.

Strauß: Das Recht des kaufmännischen Angestellten, Leipz. 1911.

Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl. 1935.

Thiel: Die Sozialpolitik der Kaufmannsgehilfen, Hamburg 1926.

Thiele: Die rechtliche Seite der Personalauskünfte; in „Arbeitsrecht" 1932, S. 141 ff.

Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal; in „Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts", 2. Band, 1918.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1930.

# A. Geschichtliche Entwicklung und Wesen des Zeugnisses.

Das Zeugnis hat sich aus der zum erstenmal in der Reichszunftordnung vom 16. 8. 1731 erwähnten sogenannten „Kundschaft" entwickelt. Diese war ein Legiti- nationspapier und diente — vor allem in ihrer Weiterentwicklung durch das ALR — polizeilichen Belangen [1]).

Allmählich verschwand in den einschlägigen Gesetzen der (sicherheits-)polizeiliche Charakter der „Kundschaft" bzw. des Zeugnisses, sodaß im § 142 der preuß. Ge- verbeordnung von 1845 zum erstenmal ein Recht des Beschäftigten auf Erteilung ines Zeugnisses festgelegt wurde, das im Falle der Ausstellung ortspolizeilich eglaubigt werden mußte.

Durch die Reichsgewerbeordnung wurde auch dieser Zwang zur Be- laubigung beseitigt, indem eine solche nur noch vorgenommen wurde, wenn der Beschäftigte es beantragte.

Dieser Entwicklung entsprechend hat sich auch der Zweck des Zeugnisses im Laufe er Zeit gewandelt. War es nach der Reichszunftordnung und dem ALR vor- viegend ein polizeiliches Legitimationspapier, so wurde es mit den fortschreiten- en sozialen Bestrebungen immer mehr ein Institut, das in erster Linie den nteressen des Beschäftigten dienen sollte. Die Bestimmungen des BGB und der ntsprechenden Sondergesetze über Erteilung eines Zeugnisses sind geschaffen, um em Beschäftigten als dem wirtschaftlich schwächeren Teil des Beschäftigungs- erhältnisses die Existenz zu sichern und das Fortkommen zu erleichtern [2]). Das Zeugnis soll dem Beschäftigungsnehmer bei der Bewerbung um eine neue Stelle en Nachweis über erfolgreich und zufriedenstellend geleistete Tätigkeit ermöglichen.

Abzulehnen ist daher die in der Literatur vertretene Ansicht, daß das Zeugnis einer Natur nach mit der Quittung verwandt sei [3]). Diese Rechtsfigur dient um Nachweis über den Untergang von Forderungen zwischen Gläubiger und Schuldner; das Zeugnis dagegen soll am wenigsten darüber Auskunft geben, daß er Beschäftigte gegenüber dem Dienstgeber seinen Verpflichtungen nachgekommen st. Es ist kein Beweispapier im Verhältnis Dienstherr und -gehilfe, sondern ient dazu, gegenüber Dritten darzutun, welcher Art die Tätigkeit des Beschäftigten ewesen ist, um diesem dadurch sein Fortkommen zu erleichtern [4]).

Aber diese Feststellung erweist zugleich, daß das Zeugnis seine Aufgabe und einen Zweck nicht in dem Verhältnis zwischen Dienstherr und Dienstgehilfe rschöpft, sondern darüber hinaus dazu dient, nach außen zu wirken. Schon die Tatsache, daß das Zeugnis im Rechtsverkehr mit Dritten seine eigentliche Bedeu- ung erhält, zeigt das äußerlich. Der innere Grund für diesen weitergehenden Zweck des Zeugnisses findet sich bei der Betrachtung des ganzen Fragenkomplexes om Standpunkt der Gemeinschaft aus.

Da früher das Beschäftigungsverhältnis durch die Gegensätzlichkeit von Arbeit- eber und -nehmer sein Gepräge erhielt, versteht man die Auffassung, daß das Wesen des Zeugnisses allein darin liegt, dem Dienstgehilfen als dem wirtschaftlich chwächeren Teil durch die Zeugnisvorschriften sein Fortkommen zu erleichtern und ie Existenz zu sichern. Die Tatsache aber, daß die Arbeit als sozialpolitisches Moment für die Volksgemeinschaft seine wesentlichste Bedeutung hat, verlangt

1) v. Schulz-Schalhorn, S. 8.
2) Du Chesne, S. 81; Franke S. 510; Staudinger, § 630, I, 1.
3) Bendix, S. 102/103; früher auch Oertmann, § 630.
4) Titze, S. 861; Pfeiffer, S. 319.

eine andere Grundlage der Betrachtungen über das Zeugnisrecht. Denn das Beschäftigungsverhältnis, sei es ein Dienst-, Arbeits-, Angestellten- oder sonstiges Tätigkeitsverhältnis, ist wirtschaftspolitisch einer der wichtigsten Faktoren in der Volkswirtschaft. Jedes Einzeldienstverhälnis dient dem Volksganzen, wenn es eine fruchtbringende Leistung ergibt. Das Leistungsprinzip aber ist heute nicht mehr nur ein Zwang für den Einzelnen, um sich im Konkurrenzkampf zu behaupten, sondern ein ethisches Erfordernis im Interesse der Volksgemeinschaft. Um nun die höchste Leistung zu erzielen, muß der geeignete Mensch an den geeigneten Platz gestellt werden. Hierzu dient nicht zuletzt das Zeugnis, das dem Dienstherrn die Möglichkeit gibt, sich von den Fähigkeiten des Gehilfen ein Bild zu machen und diesen an einen seinen Leistungen entsprechenden, (sowohl nach oben wie nach unten begrenzten) also gerechten Arbeitsplatz zu stellen. Da unter diesem Gesichtspunkte bis heute das Zeugnisrecht keiner Untersuchung unterzogen worden ist, die einschlägigen Arbeiten vielmehr stets den Blickpunkt auf das Verhältnis von Dienstherr und Dienstgehilfen allein richten, dürfte sich eine nochmalige Aufzeigung der Probleme vom angedeuteten Standpunkt aus rechtfertigen. Wo und inwieweit dabei die Beurteilung des Zeugnisses in seiner Bedeutung für die Allgemeinheit zu teilweise anderen Ergebnissen führt, als bisher in der Literatur und Rechtsprechung vertreten werden, soll bei Untersuchung der einzelnen Fragen jeweils dargelegt werden.

## B. Der Anspruch auf Erteilung des Zeugnisses.

### I. Die Rechtsgrundlage.

Da bis heute ein einheitliches Arbeitsrecht noch nicht geschaffen ist, finden sich die verschiedenen Vorschriften über das Zeugnisrecht entsprechend der Vielzahl der in Sonderbestimmungen behandelten Beschäftigungsverhältnisse jeweils bei den einschlägigen arbeitsrechtlichen Gesetzen. Eine allgemeine Zeugnisvorschrift findet sich im § 630 BGB, im übrigen kommen als Sonderbestimmungen in Betracht der § 73 HGB, § 113 Gew.O, § 19 der Seemannsordnung, § 84 des Allgemeinen Berggesetzes für die Preuß. Staaten. Alle diese Vorschriften sind jedoch ihrem Wesen nach gleichartig und bedingen keine unterschiedliche Behandlung. Daher soll auch im folgenden unter „Dienstherr" der Dienstberechtigte und unter „Dienstgehilfe" der Dienstverpflichtete verstanden werden, gleichgültig ob es sich um ein Arbeits-, Handlungsgehilfen- oder BGB-Dienstverhältins handelt.

#### 1. Oeffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch?

Der Zeugnisanspruch wird im Schrifttum vielfach als ein öffentlich-rechtlicher Anspruch bezeichnet[5]). Zur Begründung dieser Ansicht wird meist auf den Standpunkt der Reichstagskommission verwiesen, der bei der Beratung zum § 73 HGB zutage trat. Dort wurde festgestellt, daß § 73 „überhaupt einen öffentlich-rechtlichen Charakter trage und daher nicht durch Verträge abgeändert werden könne" [6]). Dieser Satz ist mißverstanden worden. Die Kommission wollte nicht zum Ausdruck bringen, daß der Zeugnisanspruch seine Grundlage im öffentlichen Recht habe, als vielmehr, daß er zum Schutze des Dienstgehilfen geschaffen sei, insoweit also eine öffentlich-rechtliche Fürsorgebestimmung darstelle und daher zwingendes Recht sei. Diese Folgerung ergibt sich schon aus dem Anlaß, auf Grund dessen die Feststellung des „öffentlich-rechtlichen Charakters" des § 73 HGB erfolgte. Ein Antrag nämlich, dem § 73 einen Abs. 4 folgenden Inhalts anzufügen: „Eine Vereinbarung, welche dieser Bestimmung zuwiderläuft, ist nichtig", wurde mit obiger Begründung abgelehnt. Unzweifelhaft kam es also der Kommission darauf an,

5) Staub, § 73, Anm. 5; Korn, § 73, I; Makower, § 73, II, d; Planck, § 630, 1; zweifelh. Frankenburger, § 73, S. 88; Warneyer, § 630, I, die von dem öff.-rechtl. Charakter der Vorschrift reden.
6) Ber. d. Kom. über d. Entw. eines HGB u. eines EG, a. a. O., S. 225.

§ 73 als unabdingbare Vorschrift zu charakterisieren. Damit etwa den Zeugnisanspruch als solchen dem öffentlichen Recht zuzuweisen, lag nicht in der Absicht der Kommission. Mit Recht sagt in diesem Zusammenhang das Kammergericht, daß die Kommission „sich im Ausdruck vergriffen habe“ [7]). Die Befürworter des öffentlich-rechtlicher Charakters des Zeugnisanspruchs wenden auch sämtlich bürgerliches und Zivilprozeßrecht an, worauf Ritter [8]) besonders hinweist (zum Beispiel BGB §§ 126, 194, 242; ZPO §§ 546, 888 u. a. m.). Außerdem ist nach herrschender Lehre ein Anspruch nur dann ein öffentlich-rechtlicher, wenn er seinen Ursprung in solchen Rechtsbeziehungen hat, bei denen sich die Parteien im Verhältnis von Ueber- und Unterordnung gegenüberstehen, d. h. der Einzelne sich der staatlichen Hoheitsgewalt zu unterwerfen hat. Auch aus diesem Grunde kann der Zeugnisanspruch nicht dem öffentlichen Recht entspringen, denn die Rechtsbeziehungen der Parteien sind nicht im Wege der Unterwerfung des einen Vertragsteils unter irgendeine hoheitliche Befugnis des anderen zustande gekommen, sondern durch Uebereinkunft zweier, einander rechtlich gleichgeordnet gegenüberstehender Privatpersonen. Auch die Protokolle zum BGB ergeben, daß der Gesetzgeber die zivilrechtliche Natur des Zeugnisanspruchs ausdrücklich betont. Bei der Beratung des dem heutigen § 630 entsprechenden § 566 c wurde erörtert, daß diese Bestimmung dem § 113 Gew.O entspreche. Weiter heißt es wörtlich: „daß der § 113 Gew.O lediglich auf öffentlich-rechtlichen Gründen beruhe, sei nicht richtig, wie sich schon daraus ergebe, daß dem Arbeitgeber, wenn der Arbeiter kein Zeugnis wolle, verboten sei, ein solches auszustellen. Es handle sich vielmehr um einen mit dem Wesen des Dienstvertrages zusammenhängenden privatrechtlichen Anspruch“ [9]).

Was hier bei der Beratung des § 566 c über die rechtliche Natur des Zeugnisanspruches nach dem BGB gesagt ist, muß in gleicher Weise für alle Bestimmungen gelten, die sich mit dem Zeugnis befassen, da die innere Gleichartigkeit aller Zeugnisvorschriften eine unterschiedliche Behandlung nicht gestattet. Nach herrschender und richtiger Meinung kann daher der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses nur ein privatrechtlicher Anspruch sein [10]).

## 2. Vertraglicher oder außervertraglicher Anspruch?

Eine andere Frage, die gerade in letzter Zeit Gegenstand ausgiebiger Erörterungen geworden ist, bezieht sich auf die vertragliche oder außervertragliche Grundlage des an sich privatrechtlichen Zeugnisanspruchs.

Die frühere Rechtsauffassung erblickte in der Pflicht des Dienstherrn zur Erteilung eines Zeugnisses die schuldrechtliche Nebenverpflichtung aus dem Dienstvertrage. Dieses Ergebnis war berechtigt aus der früher herrschenden Ansicht, der Dienstvertrag sei nichts weiter als ein vermögensrechtliches Austauschverhältnis wie jedes andere privat- und vermögensrechtliche Schuldverhältnis. So wie beim Kaufvertrag der Verkäufer die Ware zu leisten verpflichtet ist, und der Käufer den Kaufpreis zu zahlen hat, so war man beim Dienstvertrag der Auffassung, daß der Dienstgehilfe die „Ware“ Arbeit und der Dienstherr die Vergütung gegeneinander auszutauschen hätten. So stand früher die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, der Zeugnisanspruch habe seinen Ausgangspunkt in dem Dienstvertrage [11]). Diese Auffassung hat vielfach Widerspruch erfahren. So meint Bendix [12]), der Zeugnisanspruch folge nicht aus der rechtlichen Natur des Vertrages, sondern als gesetzliche Folge aus den Tatsachen des Vertragsabschlusses [13]). Im Grunde bestätigt diese Ansicht nur die Lehre von der vertraglichen Natur des Zeugnisanspruchs. Daß der Zeugnisanspruch „mit den eigentlichen Rechten und Pflichten

---

7) KG in OLGRechtspr. 22, S. 304.

8) Ritter, § 73, 6.

9) Original-Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, S. 2204.

10) Staudinger, § 630, II, 2; Titze, S. 861, 2a; du Chesne, S. 81; Pfeiffer, S. 314, I; Ritter, § 73, 6; Lotmar, S. 244.

11) Vgl. Anm. 10.

12) a. a. O., S. 123.

13) Aehnlich nennt du Chesne den Zeugnisanspruch einen „kraft Gesetzeswillens als Vertragsinhalt aufzufassenden Anspruch“, a. a. O., S. 81.

aus dem Vertrage nichts zu tun habe," wie Bendix sagt, ist unzweifelhaft insofern richtig, als der Anspruch auf Zeugniserteilung nicht typischer Vertragsbestandteil des Dienstvertrages ist. Zum Wesen des Dienstvertrages gehören nur die Verpflichtung zur Dienstleistung auf der einen Seite und zur Zahlung der Vergütung auf der anderen Seite. Mit der Feststellung, daß der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses nicht *typische* Vertragsverpflichtung aus dem Dienstvertrage ist, steht noch nicht fest, daß er seine Grundlage außerhalb des Dienstvertrages habe. Wenn der Zeugnisanspruch „als gesetzliche Folge an die Tatsachen des Vertragsschlusses geknüpft wird," so bedeutet das im Gegenteil, daß Voraussetzung der Entstehung des Zeugnisanspruchs der wirksame Abschluß eines Vertrages ist. So wenig, wie man die Gewährleistungsansprüche beim Kauf als gesetzliche Ansprüche bezeichnet, nur weil sie als mögliche — aber nicht typische — Folgen eines Kaufvertrages vom Gesetz besonders geregelt sind, so wenig ist der Zeugnisanspruch ein gesetzlicher, nur weil er nicht typischer, wesensbestimmender Anspruch aus dem Dienstvertrage ist; er hat zwar mit den Hauptverpflichtungen des Dienstvertrages nichts zu tun, das beweist aber noch nicht, daß er nicht dennoch ein sich aus dem Dienstvertrage ergebender Anspruch, eine Nebenverpflichtung des Dienstherrn aus dem Vertrage ist. Mit Recht erklärte also damals die herrschende Meinung den Zeugnisanspruch für einen vertraglichen.

### 3. Die „vertragliche" Treupflicht als Grundlage des Zeugnisanspruchs.

In neuerer Zeit trat an die Stelle der bisher herrschenden Vorstellung des vermögensrechtlichen Austauschverhältnisses als Natur des Dienstverhältnisses der deutschrechtliche Gedanke der zu gegenseitiger Treue verpflichteten Gemeinschaft. Dieser Gedanke hat seinen Niederschlag im § 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit erhalten, durch den er zum Leitsatz des gesamten Arbeitsrechts erhoben wurde. Nach heute herrschender Ansicht ist das Dienstverhältnis dem Recht des Vermögensverkehrs, insbesondere dem Schuldrecht, entzogen. Das Wesen des Dienstverhältnisses liegt heute in dem personenrechtlichen Treueverhältnis [14]), wie jede Gemeinschaft es in sich birgt [15]).

Unter Anknüpfung an den Gedanken der in einem gegenseitigen Treuverhältnis stehenden personenrechtlichen Gemeinschaft ist ein dogmatischer Streit über die Grundlage der bei einem Dienstverhältnis sich ergebenden Ansprüche entstanden. Siebert [16]) will alle Ansprüche auf die aus der personenrechtlichen Gemeinschaft fließende Treupflicht aufbauen; dagegen unterscheidet Mansfeld [17]) zwischen zwei Treubegriffen, nämlich einmal der Treue, die aus der größeren — auf Grund tatsächlicher Eingliederung in einen Betrieb entstehenden — Gemeinschaft folgt, und zum anderen der Treue, die der kleineren — das Einzeldienstverhältnis darstellenden — Gemeinschaft entspringt. Nur die sich aus der kleineren Gemeinschaft ergebende Treupflicht soll als Grundlage für Ansprüche in Frage kommen. Diese Treue ist aber nach Mansfeld nichts weiter als die seit Jahrhunderten in unserem Rechtsleben bekannte Vertragstreue. Die Beibehaltung dieser Bezeichnung stellt keineswegs eine Rückkehr zu dem überholten Begriff eines schuldrechtlichen Vertrages im Sinne des römischen Rechts dar; es gibt auch Verträge außerhalb des Schuldrechtsverkehrs, wie Eheschließung, Adoption und deutschrechtlicher Treudienstvertrag zeigen [18]).

Beide Meinungen ergeben, daß Ansprüche aus dem Dienstverhältnis nach neuerem Rechtsdenken auf der Treupflicht der personenrechtlichen Gemeinschaft fußen. Diese Gemeinschaft einen Vertrag zu nennen — wie Mansfeld es will — bestehen keine Bedenken. Der werktätige Volksgenosse wird sich unter einem solchen mehr vorstellen, als unter „einem durch Eintritt in die Gemeinschaft geschaffenen Glied-

14) Hentschel, S. 299; Dersch, ArbR. 36, S. 69; Mansfeld, JW 36, S. 481; Siebert, Das Arbeitsverhältnis i. d. Ord. d. nat. Arbeit, S. 100.

15) Mansfeld, ArbR .36, S. 123.

16) Siebert, Das Arbeitsverhältnis i. d. Ordn. d. nat. Arbeit, S. 87. — DtArbR. 36, S. 10.

17) Mansfeld, DtArbR. 36, S. 118 ff.; Hentschel, S. 300.

18) Mansfeld, JW 36, S. 482.

schaftsverhältnis," oder unter Eingliederung, Gelöbnis usw. Allerdings ist die Bezeichnung „Vertrag" für das Dienstverhältnis nicht im Sinne eines schuldrechtlichen Austauschvertrages zu verstehen, sondern als ein Vertrag eigener Art in Anlehnung an den deutschrechtlichen Gedanken der zu gegenseitiger Treue verpflichteten Gemeinschaft; in diesem Sinne kann daher der Zeugnisanspruch auch heute noch als ein vertraglicher Anspruch bezeichnet werden.

### a) Anspruch trotz Nichtigkeit des Dienstvertrages.

Das dem Zeugnisanspruch zugrundeliegende Gemeinschaftsverhältnis — der Dienstvertrag — entsteht grundsätzlich „durch das bewußte Hineinstellen des Eintretenden in den Betrieb auf der einen und die Aufnahme durch den Dienstherrn auf der anderen Seite" [19]), d. h. durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Aus der Gemeinschaft entspringt die Treupflicht, die unmittelbar Anspruchsgrundlage für das Zeugnis ist. Bei Abschluß des Dienstvertrages können nun Willens- und Rechtsmängel vorliegen, die nach Vorschrift des Allgem. Teils des BGB den Vertrag nichtig bzw. anfechtbar machen. Da aber die einer personenrechtlichen Gemeinschaft entspringende Treupflicht die Grundlage des Zeugnisanspruchs ist, kann trotz einer nach dem BGB sich ergebenden Nichtigkeit des Dienstvertrages ein Anspruch gegeben sein. Besonders der Zeugnisanspruch ist in so hohem Maße eine Folge der Treupflicht des Dienstherrn, der mit der Ausstellung des Zeugnisses dem scheidenden Dienstgehilfen das weitere Fortkommen erleichtern soll, daß gerade hier andere Grundsätze zu gelten haben, als sie das BGB bei Verträgen aufstellt. Ueberhaupt ist der im neueren Schrifttum vertretenen Meinung, daß der allgemeine Teil des BGB auf Dienst- und Arbeitsverhältnisse nicht immer passe, beizutreten [20]). Denn der im Dienstrecht zum Leitsatz erhobene Gedanke der deutschrechtlichen Personengemeinschaft als Treubund ist dem allgemeinen Teil und dem Recht der Schuldverhältnisse in dieser Form fremd. Der Entwurf der Akademie für Deutsches Recht betreffend ein neues Arbeitsvertragsrecht sieht daher auch einen eigenen allgemeinen Teil vor [21]). Vorerst aber ist daran festzuhalten, daß der Allgemeine Teil des BGB insoweit Anwendung findet, als sich nicht aus der Natur des Dienstverhältnisses als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis seine Unanwendbarkeit ergibt. Und hier kann der Treugedanke zu anderen Ergebnissen führen, als sie die Anwendung des Allgemeinen Teils des BGB sonst erbringen würde.

#### α) Das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis als Grundlage der Zeugnispflicht.

Ist nach dem BGB infolge von Willens- oder Rechtsmängeln ein Vertrag nicht zustande gekommen bzw. durch Anfechtung rückwirkend aufgelöst, so bietet die Frage, ob dennoch ein Zeugnisanspruch des Dienstgehilfen gegeben ist, solange keine Schwierigkeiten, wie noch keine Dienste geleistet worden sind. Da das Zeugnis, wie noch gezeigt werden soll, über die tatsächlich geleisteten Dienste auszustellen ist, wäre der Anspruch bei Fehlen von solchen inhaltslos und unvorstellbar. Anders jedoch, wenn mit der Dienstleistung begonnen worden ist. In diesem Fall muß die Tatsache des Dienstbeginns ein anderes Ergebnis rechtfertigen, als die Anwendung der BGB-Vorschriften bringen würde, da mit dem Dienstbeginn auf jeden Fall ein personenrechtliches Band zwischen Dienstherrn und -gehilfen geknüpft wird. Soweit auch hier in Schrifttum und Rechtsprechung der Standpunkt vertreten wird, die Nichtigkeit des Vertrages habe die Verneinung des Zeugnisanspruchs zur Folge [22]), so ist dieses Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der schuldrechtlichen Konstruktion des Dienstverhältnisses nur folgerichtig; denn da das Dienstverhältnis nichts weiter als ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft ist, das entweder nie entstanden oder ex tunc aufgehoben ist, so kann kein Anspruch entstanden sein, auf Grund dessen ein Zeugnis gefordert werden könnte. Da nach der vermögensrecht-

19) Siebert, Das Arbeitsverhältnis i. d. Ord. d. nat. Arbeit, S. 87.
20) Siebert, Akad. Z. 1936, S. 96/97.
21) Siebert, DtArbR. 36, S. 9.
22) So h. M.; vgl. die in Anm. 10, S. 9 Zitierten. Ferner Staub, § 73, 1; Ritter, § 73, 2.

lichen Auffassung des Dienstverhältnisses der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses die letzte Wirkung, ein „Ausfluß" des Vertrages war, so stand und fiel dieser Anspruch mit der Gültigkeit oder Nichtigkeit des zugrundeliegenden Dienstvertrages.

Dieses Ergebnis ist höchst unbillig, insbesondere wenn die Gründe der Mangelhaftigkeit des Vertrages in der Person des Dienstherrn liegen. Hierauf hat schon früher v. Karger hingewiesen, der gleichzeitig die Forderung aufstellte, „in sinngemäßer Fortbildung der bestehenden Rechtssätze dem Arbeitnehmer trotz Nichtigkeit des Dienstvertrages das Recht auf ein Dienstzeugnis einzuräumen"[23]). Ein Ergebnis im Sinne v. Kargers ist bei der heute herrschenden Auffassung von der Natur des Dienstverhältnisses eine zwingende Folge. Hat der Dienstverpflichtete seine vorgesehene Tätigkeit aufgenommen, und stellt sich nachträglich heraus, daß der zugrundeliegende Vertrag nichtig, bzw. durch wirksame Anfechtung nichtig geworden ist, so ist die Frage, ob der Dienstgehilfe dennoch einen Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses hat, verschieden zu beurteilen. Grundsätzlich muß die Arbeitsaufnahme mit Wissen und Willen[24]) des Dienstherrn erfolgt sein, soll dieser überhaupt irgendwie verpflichtet werden können[25]), d. h. es müssen alle äußeren Voraussetzungen vorliegen, die notwendig sind, um ohne den fraglichen inneren Mangel ein wirksames Dienstverhältnis zu schaffen. Dieser Grundgedanke hat auch in einer positiven Gesetzesvorschrift seinen Ausdruck gefunden, nämlich in § 14 der Arbeitszeitordnung v. 16. 7. 1934. Durch die ArbZO ist die Arbeitszeit werktäglich auf 8 Stunden beschränkt; ausnahmsweise wird nach § 13 in bestimmten Fällen eine 10stündige Arbeitsdauer gestattet. Selbst wenn nun mehr als 10 Stunden gearbeitet wird, was nach dem Gesetz verboten ist, hat nach h. M. der Beschäftigte dennoch Anspruch auf angemessene Vergütung[26]). Zwar ist § 14 dem Wortlaut nach nur auf die gesetzlich zulässige Mehrarbeit anwendbar. Das RAG hat aber in ständiger Rechtsprechung betont, daß in Fällen, wo der Dienstgehilfe „freiwillig im Einverständnis mit dem Dienstherrn . . . unerlaubte Ueberarbeit tatsächlich geleistet hatte, er aus allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrages einen Anspruch auf angemessene Vergütung hat"[27]). Auch hier ist also ein Anspruch gegeben, ohne daß ein rechtlich wirksames Dienstverhältnis vorliegt, allein aus der Tatsache der mit Wissen und Willen der Beteiligten erfolgten Beschäftigung. Sind also Dienste mit Wissen und Willen des Dienstherrn geleistet worden, so knüpfen sich an diese Tatsache allein gewisse Rechtsfolgen, zu denen auch die Zeugniserteilungspflicht gehört. Zwar aus Vertrag können diese Folgen nicht hergeleitet werden, denn dieser ist nicht wirksam; aber ein nichtiger Vertrag ist auch kein nihil. Das zeigt auch die vom RG entwickelte culpa in contrahendo. Hier können aus der Tatsache des Eintritts in Verhandlungen über einen Vertragsschluß gewisse vertragliche Ansprüche entstehen, ohne daß es zum Abschluß eines Vertrages gekommen ist. Der gemeinsame Grundgedanke beim Zeugnisanspruch wie bei der c. i. c. liegt darin, daß hier wie dort auf Grund von tatsächlichen Beziehungen gewisse Rechtspflichten entstehen[28]).

Grundlage dieser Pflicht, hier also des Zeugnisanspruchs, ist die auf Grund der tatsächlichen Dienstleistung zwischen Dienstherrn und -gehilfen entstandene Treupflicht. Diese entsteht grundsätzlich und frühestens mit (wirksamem) Abschluß des Dienstvertrages; aus der Treupflicht wiederum folgt der Zeugnisanspruch, sodaß dieser letzten Endes im Vertrage seinen Ursprung hat. Unmittelbare Grundlage ist aber die Treupflicht, mag diese nun aus einem wirksamen Vertrage oder aus einem tatsächlichen Beschäftigungverhältnis fließen; im letzten Fall ist nur erforderlich, daß die tatsächliche Arbeitsaufnahme geeignet ist, die dem personenrechtlichen

23) v. Karger, S. 13.

24) mit t a t s ä c h l i c h e m Willen, nicht rechtsgeschäftlichem!

25) Eine Ausnahme, die die Regel bestätigt, ist hierbei § 679 BGB.

26) Rohmer, § 14, 2, a, cc.

27) RAG Bensh. 20, S. 188 (190); 14, S. 89 (91); 8, S. 32. Ueber die rechtl. Konstrukt. des Anspr. herrscht Streit, auf den aber in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden braucht. Es genügt die Tatsache, daß auch bei nichtigen Dienstverhältnissen ein Anspr. gegeben wird.

28) Auch Dersch bringt in diesem Sinne einen Gedanken, indem er zur Frage des sachl. Geltungsbereichs einer Betriebsordnung ausführt, daß diese mit Willen des Betr.-Führers auch auf vertragslose Arbeitsverhältnisse ausgedehnt werden könne. Dann entsteht nach der Meinung von Dersch ein außervertragliches Schuldverhältnis, das eine neue Rechtsfigur des bürgerlichen Rechts darstellt. Dersch, Ges. z. Ord. d. nat. Arb., § 26, Anm. 4c.

Gemeinschaftsverhältnis eigentümliche Treupflicht zu schaffen. Dann verlangt diese Treupflicht, daß dem Dienstgehilfen sein Fortkommen durch Ausstellung eines Zeugnisses erleichtert wird.

aa) Voraussetzungen des Entstehens der Treupflicht außerhalb eines Vertrages.

Um diese Treupflicht entstehen zu lassen, ist erforderlich, daß die den Nichtigkeitsgrund darstellenden Mängel nicht irgendwie schuldhaft auf Seiten des Dienstgehilfen vorliegen dürfen. Hat er sich z. B. den Arbeitsplatz durch arglistige Täuschung erschlichen, so kann er auch kein Zeugnis fordern, weil in diesem Fall der Dienstherr nicht zu irgend einer Treuleistung verpflichtet sein kann. Das gleiche gilt, wenn der Dienstvertrag gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, denn hier hat die Rechtsordnung das höhere Interesse, aus Gründen der Allgemeinheit einen solchen Vertrag keinerlei Wirkung beizulegen und es geht nicht an, hier im Wege eines „Treuegedankens" das Ziel der Rechtsordnung zu sabotieren. In diesen beiden Fällen der Vertragsnichtigkeit kann dem Dienstgehilfen kein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses gegeben werden.

β) Kein Widerspruch zu den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit.

aa) Zweck der §§ 104 ff. BGB.

Das Ergebnis, daß trotz Nichtigkeit des Dienstverhältnisses ein Zeugnis gefordert werden kann, setzt sich auch nicht mit den Vorschriften des BGB über die Geschäftsfähigkeit in begrifflichen Widerspruch. Die §§ 104 ff. BGB sollen nur den nicht (voll) Geschäftsfähigen vor vermögensrechtlichen (Verfügungs- und Verpflichtungs-)Geschäften sichern [29]) oder doch vor solchen Geschäften, die für das Vermögensrecht von Bedeutung werden können. Die Ausstellung eines Zeugnisses kann aber dem Verpflichteten keinen vermögensrechtlichen Nachteil bringen [30]).

bb) Zeugniserteilung kein vermögensrechtliches Erfüllungsgeschäft.

Die Hingabe des Zeugnisses ist auch kein vermögensrechtliches Erfüllungsgeschäft. Da der Zeugnisanspruch aus dem personenrechtlichen Treudienstverhältnis fließt, ist er seiner Art nach ein personenrechtlicher Anspruch. In der Literatur wird bisher die Ansicht vertreten, er sei ein vermögensrechtlicher Anspruch [31]). Zur Begründung wird angeführt, daß vermögensrechtliche Ansprüche alle Ansprüche aus Rechtsverhältnissen seien, die aus Vermögensrechten abgeleitet werden oder Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen, sofern sie eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben. Stein-Jonas bezeichnen einen Anspruch dann als aus Vermögensrechten abgeleitet, wenn diese Rechte um der Verteilung der wirtschaftlichen Werte willen geschaffen sind [32]). Das Dienstverhältnis kann nach neuerem Rechtsdenken nicht mehr als nur vermögensrechtliches Verhältnis angesehen werden. Der Gedanke der personenrechtlichen Gemeinschaft läßt ein solches Ergebnis nicht zu, das in begrifflichem Gegensatz steht zu einem vermögensrechtlichen Austauschverhältnis des Schuldrechts. Der Zeugnisanspruch ist aber auch kein Anspruch aus einem nichtvermögensrechtlichen Verhältnis, das eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstande hat. Zwar hat das Zeugnis für den Dienstgehilfen einen „Wert", indem es ihm bei der Auffindung von Arbeits-, also Verdienstmöglichkeiten hilft. Es stellt aber keinen objektiven Verkehrswert, sondern

---

29) Zwar gelten die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit nicht nur für Rechtsgeschäfte vorwiegend vermögensrechtlicher Natur, sondern auch für z. B. familienrechtliche Verträge, etwa das Verlöbnis. Das RG. hat aber festgestellt, daß bei einem Verlöbnis (welches das RG. als familienrechtlichen Vertrag bezeichnete) die §§ 104 ff. gelten, weil das Verlöbnis auch für das Vermögensrecht von Bedeutung sei, da es zu Ansprüchen auf Schadenersatz führen könne, seine Auflösung der Regel nach die Rückforderung der gegebenen Geschenke begründe usw. Das RG. geht also auch davon aus, daß der Schutz aus vermögensrechtlichen Gründen eintreten müsse, daß also dieser vermögensrechtliche Schutzgedanke die ratio legis des § 105 sei (vgl. Staud. Vorbem. zu §§ 104 ff.; RGZ 61/267).

30) Wenigstens nicht die eines richtigen Zeugnisses und nur zur Ausstellung eines solchen ist er verpflichtet.

31) So Stein-Jonas, § 1, II, 1; Sydow-Busch § 546, Anm. 1.

32) Stein-Jonas u. Sydow-Busch, a. a. O.

nur einen subjektiven Wert dar, denn für jeden anderen als den Zeugnisberechtigten, auf den es lautet, ist es unverwertbar. Der Zeugnisanspruch ist auch nicht übertragbar, er ist also dem Vermögensverkehr entzogen und dient insbesondere nicht der Verteilung der wirtschaftlichen Werte. Nach Sohm besteht aber die rechtliche Eigenart der Vermögensrechte gerade darin, daß sie Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs sind [33]). Dagegen beruht das charakteristische der Personenrechte auf ihrer Unübertragbarkeit [34]). Die Meinung, daß der Zeugnisanspruch ein vermögensrechtlicher sei, ist daher abzulehnen.

Wenn zusammenfassend festgestellt werden kann, daß der Zeugnisanspruch weder ein vermögensrechtlicher ist, noch seine Erfüllung dem Verpflichteten vermögensrechtliche Nachteile bringen kann, so kommt die ratio legis des § 105 BGB nicht zum Zuge. Unter den oben erläuterten Voraussetzungen kann daher auch bei nichtigem Dienstvertrage ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses entstehen.

## II. Der Berechtigte.

### 1. Der allgemeine Grundsatz.

Der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses steht dem Dienstgehilfen [35]) zu. Lediglich § 630 BGB. fordert als Voraussetzung, daß es sich um ein „dauerndes" Dienstverhältnis handeln müsse, wenn ein Zeugnisanspruch gewährt werden soll. E contrario ergibt sich daher, daß bei allen anderen besonders geregelten Dienstverhältnissen eine längere Dauer der Beschäftigung nicht für die Zeugniserteilung erforderlich ist [36]). Die Frage, wann eine „dauerndes" Dienstverhältnis vorliegt, kann nur im einzelnen Fall entschieden werden und unterliegt dem richterlichen Ermessen. Negativ ist nur zu sagen, daß es nicht seiner Natur nach ein vorübergehendes Verhältnis ist, wie z. B. Aushilfe für einen erkrankten, sonst ständigen Dienstgehilfen [37].

### 2. Die Beschränkung auf persönlich abhängige Dienstverhältnisse.

Aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen ist mit Ausnahme von § 630 BGB ersichtlich, bei welchen Arten von Dienstverträgen dem Dienstgehilfen ein Zeugnis zusteht. Im § 73 HGB ist es der Handlungsgehilfe, in § 113 GewO der Arbeiter, in § 19 SeemO der Schiffsmann, in § 84 Pr. BergGes. der Bergmann, der ein Zeugnis fordern kann. Die in den Sonderbestimmungen enthaltenen Arten von Dienstverhältnissen erschöpfen jedoch nicht die Vielzahl der im Arbeitsleben denkbaren Beschäftigungsverhältnisse. Bei diesen taucht nun die Frage auf, ob hier der Dienstgehilfe nach § 630 BGB. der die allgemeine Bestimmung enthält, ein Zeugnis verlangen kann. § 630 spricht nur vom „Verpflichteten" ganz allgemein, der ein Zeugnis fordern kann, sofern er in einem dauernden Dienstverhältnis gestanden hat. Nach dem Wortlaut des § 630 BGB hätte also jeder in einem dauernden Dienstverhältnis stehende Dienstgehilfe einen Anspruch auf ein Dienstzeugnis. Das RG hat aber in seiner Entscheidung vom 7. 1. 1916 dargetan [38]), daß sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des Zeugnisses, sowie einem Vergleich des § 630 BGB mit den übrigen Zeugnissonderbestimmungen etwas anderes ergibt. Die Protokolle zu § 630 (damals § 566c) BGB [39]) besagen, daß die Bestimmung dem § 113 GewO, sowie den früheren Gesindeordnungen entsprechen sollte. § 113 GewG gilt für den gewerblichen Arbeiter. Dessen Stellung zu dem Dienstherrn ist gekennzeichnet durch Unselbständigkeit und persönliche Abhängigkeit von diesem; auch die übrigen Sondervorschriften des Zeugnisrechts zeigen, daß hier jeweils

33) Sohm, S. 22.

34) Sohm, S. 88/89.

35) § 630 BGB: „Dienstverpflichteter"; § 73 HGB: „Handlungsgehilfe"; § 19 SeemO: „Schiffsmann"; § 84 BergGes.: „Bergmann". Sie alle sollen im folgenden als „Dienstgehilfe" bezeichnet werden.

36) Vgl. Original-Protokolle zum BGB, S. 2204, wonach das Recht auf ein Zeugnis bei auch nicht dauernden Dienstverhältnissen zu großen „Belästigungen für den Dienstherrn" führen würde.

37) Vgl. hierzu Staudinger, § 617, III, 1, a.

38) RGZ 87/443.

39) Original-Protokolle, S. 2204.

Dienstverhältnisse gemeint sind, die unselbständig sind, wie der Schiffsmann, Handlungsgehilfe und Bergmann. Es liegt also die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber auch für § 630 BGB nur derartige abhängige Dienstverhältnisse im Auge hatte, bei denen der Dienstgehilfe in persönlicher Unterordnung den Anordnungen und Weisungen des Dienstherrn Folge zu leisten hat (Direktionsrecht). Dafür spricht auch der Zweck, für den die Zeugnisvorschriften nach der Vorstellung des Gesetzgebers geschaffen wurden, nämlich dem Dienstgehilfen das Fortkommen zu erleichtern; es können also nur solche Dienstverhältnisse gemeint sein, bei denen der Dienstpflichtige einer solchen Unterstützung besonders bedarf. Das ist aber nur der Fall, wenn es sich um Personen handelt, die sich in einer gewissen Abhängigkeit und Unterordnung zum Dienstherrn befinden; nur diese können ein Zeugnis nach § 630 BGB verlangen, nicht auch selbständige Dienstgehilfen [40]).

### 3. Erweiterung auf wirtschaftlich abhängige, rechtlich aber selbständige Unternehmer (Agenten).

Der Entscheidung des RG. ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch nicht in allen Punkten. Es stellt bei der Frage der Selbständigkeit des Dienstgehilfen zu sehr auf die rechtssystematische Einordnung des betreffenden Dienstverhältnisses ab. So hat das RG. in der genannten Entscheidung den Zeugnisanspruch des Handelsagenten verneint.

Agenten sind (rechtlich) selbständige Kaufleute gemäß § 1 Nr. 8 HGB. Dadurch unterscheiden sie sich wesensmäßig von dem Handlungsgehilfen, der (rechtssystematisch) in persönlicher Unterordnung zum Dienstherrn steht. Eine entsprechende Anwendung des § 73 HGB auf das Agenturverhältnis ist ausgeschlossen, da § 73 als Sondervorschrift nur für den Handlungsgehilfen gilt. Der Agenturvertrag ist aber eine Unterart des BGB-Dienstvertrages [41]); soweit in den Vorschriften des HGB keine Sonderbestimmungen enthalten sind, kommen subsidär die Bestimmungen des BGB zur Anwendung. Das gilt auch für das Agenturverhältnis, soweit nicht aus dessen Natur sich die Unanwendbarkeit der BGB-Bestimmungen ergibt [42]). Hier meint nun das RG den Zeugnisanspruch des Agenten verneinen zu müssen, weil er dem Geschäftsherrn als selbständiger Kaufmann persönlich unabhängig gegenüberstehe [43]). Weiter hat das RG. in der angezogenen Entscheidung zum Ausdruck gebracht, daß § 630 auch auf Fälle, bei denen nach dem zugrunde liegenden Vertrage der Agent sich der Stellung des Handlungsgehilfen nähern, nicht anwendbar sei. Die Beweisführung des RG. geht dahin, daß entweder der Agent in persönlicher Unterordnung stehe, dann sei er kein Agent, sondern Handlungsgehilfe oder er sei persönlich selbständig, dann bleibe er, ungeachtet der Tatsache, etwa sachlichen Weisungen des Dienstherrn Folge leisten zu müssen, Agent, und damit selbständiger Kaufmann ohne Zeugnisanspruch.

Dieser Entscheidung hat sich seinerzeit die Literatur überwiegend angeschlossen [44]). Man wird aber, um den Bedürfnissen des täglichen Lebens gerecht werden zu können, weniger auf die rechtssystematische, als auf die tatsächliche und wirtschaftliche Einordnung des fraglichen Dienstverhältnisses abstellen müssen. Die Rechtsfiguren im Wirtschaftsleben sind so zahlreiche, daß zu starre und formalistische Begriffe nur zu unzuträglichen Ergebnissen führen. Wenn bei einem Agenturvertrag (im juristischen Sinne) durch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Agenten von seinem Geschäftsherrn von dem „freien Kaufmann" nichts mehr übrig bleibt, so kann sich damit der Agent der Stellung des Handlungsgehilfen so weit nähern, daß er diesem in höherem Maße gleichzustellen ist, als dem freien Agenten. Daran ändert auch nichts eine etwaige persönliche Selbständigkeit, — die im übrigen bei wirtschaftlicher Abhängigkeit fast nie vorliegen wird —, denn diese ist nur eine juristische Begriffsvoraussetzung des Agenten. Maßgeblich bleibt allein, ob er sich in einer wirtschaftlich so stark abhängigen Stellung befindet, daß er praktisch dem

40) So auch die h. M. vgl. Anm. 44.
41) RAGBensh. 27/9; LAGBensh. 24/175; Anm. Hueck RGZ 87/443.
42) Staub, § 84, Anm. 4.
43) RGZ 87/443.
44) Staud., § 630, I, 3; RGK § 630, 1; Planck, § 630, 2a; Staub § 84, Anm. 34.

Handlungsgehilfen so nahe kommt, daß ein Unterschied in wirtschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht mehr besteht. Der Gesetzgeber hat auch seit Erlaß des erwähnten RG.-Ureils den tatsächlichen Bedürfnissen in dieser Frage zunächst verfahrensrechtlich dadurch Rechnung getragen, daß er im § 5 AGG die Zahl der „Arbeitnehmerähnlichen" Personen, d. h. wirtschaftlich abhängigen, wenn auch persönlich selbständigen Personen aus dem Kreis der anderen Schaffenden herausstellte [45]). Heutzutage ist der selbständige Handelsagent fast die Ausnahme geworden; daß er kein Zeugnis braucht, ist nur verständlich. Der unselbständige Agent jedoch benötigt bei Beendigung des Agenturverhältnisses zur Auffindung einer neuen Tätigkeit in gleicher Weise wie andere abhängige Dienstgehilfen ein Zeugnis. Die Forderung an den Dienstherrn ist auch nicht unzumutbar; im Gegenteil entsteht auch beim abhängigen Agenten ein Treuband zwischen diesem und dem Dienstherrn, das wie bei anderen Beschäftigungsverhältnissen als Anspruchsgrundlage dient [46]). Mit Recht hat daher das RAG. — unter bewußter Abkehr von der Rechtsprechung des RG. in Bd. 87, S. 443 — in einer seiner letzten Entscheidungen den Zeugnisanspruch des wirtschaftlich abhängigen Agenten bejaht [47]).

Dagegen gilt dasselbe nicht für den Handelsmäkler, denn dieser befindet sich nicht wie der Agent in einem Verhältnis, das eine ständige Betrauung mit der Vornahme von Geschäften für den Dienstherrn zum Inhalt hat. Während der Agent auf Grund eines Dienstvertrages tätig wird, ist das beim Mäkler im Regelfall nicht so [48]), denn zum Wesen des Mäklervertrages gehört nur, daß sich der Dienstherr verpflichtet, einen Lohn dafür zu zahlen, daß ein anderer (der Mäkler) einen Vertrag vermittelt. Uebernimmt allerdings der Mäkler ausnahmsweise die Verpflichtung, für die Vermittlung tätig zu werden — was nicht zum Wesen des Mäklervertrages gehört —, so liegt neben dem Mäklervertrag noch ein Dienstvertrag vor, was juristisch möglich ist [49]). Aber auch in diesem Falle kann ein Zeugnis nicht gefordert werden, weil es an der nötigen „Dauer" des Dienstverhältnisses fehlt. Darin liegt der Unterschied zum Agenten. Dieser ist dauernd mit der Vermittlung oder dem Abschluß von Geschäften betraut, der Mäkler wird von Fall zu Fall tätig.

Beim Kommissionär richtet sich die Entscheidung der Frage, ob dieser ein Zeugnis beanspruchen kann, nach den Umständen des Einzelfalles. Im allgemeinen wird auch er nur gelegentlich und von Fall zu Fall tätig werden, so daß es an einem dauernden Verhältnis zu seinem Auftragsgeber fehlen wird. Aber auch der Kommissionär kann ständig damit betraut sein, im eigenen Namen für Rechnung eines anderen Geschäfte abzuschließen; Wüstendörfer [50]) nennt sie dann „Kommissionsagenten". Diese sind als Handlungsagenten anzusehen, so daß sich auch beim Kommissionsagenten unter den oben dargelegten Voraussetzungen ein Zeugnisanspruch ergeben kann.

Die Fälle, in denen rechtlich selbständige Unternehmer ein Zeugnis fordern können, sind nicht erschöpfend aufzuzählen. Die Beantwortung und Klärung von Streitfragen ergibt sich bei Berücksichtigung der Tatsache, daß das Zeugnis für alle persönlich und wirtschaftlich abhängigen Dienstverhältnisse in gleicher Weise notwendig ist ohne Rücksicht auf die rechtssystematische Einordnung.

### 4. Möglichkeit eines Verzichtes auf das Zeugnis.

Wie die Protokolle zu § 73 HGB und auch zu § 630 BGB feststellen [52]), tragen diese Vorschriften einen „öffentlich-rechtlichen Charakter". Die Protokolle zu § 73 HGB. erwähnen sogar ausdrücklich, daß diese Bestimmung nicht durch Verträge

45) Der unselbständige Agent fällt unter § 5 ArbGG.; Dersch-Volkmar § 5, Anm. 6d.
46) Oppermann, JW 1936, S. 2664.
47) RAGBensh. 27, S. 7 v. 25. 4. 36; außerdem LAGBensh. 24, S. 174, beide mit Anm. von Hueck; JW 36, S. 2664 (Anm. Oppermann).
48) Staub, § 84, Anm. 7.
49) Staub, Vorbem. vor § 93, Anm. 2, 5 u. 39.
50) Bei Staub, § 84, Anm. 7.
51) RGLpz. Z. 1920, S. 827.
52) Die Protokolle zu § 630 BGB besagen nur, daß § 113 Gew. O. (dem § 630 BGB entspricht) nicht „lediglich auf öffentlich-rechtlichen Gründen beruhe". — Damit ist nicht gesagt, daß nicht teilweise die Vorschrift aus öffentlichen Interessen geschaffen wurde.

abgeändert werden könne [53]). Trotzdem die Kommission bei Schaffung der Vorschrift ihre unzweideutige Absicht zu erkennen gegeben hat, die Zeugnisvorschriften als zwingende Rechtsnormen behandelt zu wissen, sind in Literatur und Rechtsprechung gegenteilige Ansichten vertreten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich die Meinung, daß die Zeugnisvorschrift zwingendes Recht sei, nicht rechtfertigen. Die meisten Vorschriften aus dem Dienstvertragsrecht mit sozialpolitischem Inhalt weisen einen eindeutigen Zusatz auf, der die Loslösung der betreffenden Vorschrift von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ausspricht; so bestimmt das Gesetz in den §§ 616, 617, 618 BGB und 62 HGB, daß die dem Dienstherrn obliegenden Verpflichtungen „nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden können," und in den §§ 63, 64, 67 HGB heißt es, daß „eine Vereinbarung, die dieser Vorschrift zuwiderläuft, nichtig ist." Die einschlägigen Zeugnisvorschriften tragen einen derartigen Zusatz nicht. Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob eine Vorschrift zwingend sei oder nicht, ist aber stets der einer Bestimmung zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke [54]). Der Zeugnisanspruch ist geschaffen zum Zwecke der Förderung und zur Sicherung des wirtschaftlichen Fortkommens des Dienstgehilfen. Daraus ergibt sich zunächst als zwingende Folgerung, daß ein *vor* Entstehung des Zeugnisanspruchs erklärter Verzicht undenkbar ist, da der Dienstgehilfe vorher nicht beurteilen kann, inwieweit er das Zeugnis einmal später benötigen könnte. Der im voraus erklärte Verzicht auf das Zeugnis muß daher stets nichtig sein [55]). Streitig kann nur sein, ob ein nachträglicher Verzicht (d. h. ein nach Beendigung des Dienstverhältnisses erklärter) wirksam ist. Einmal mit Rücksicht auf den Schutzzweck des Zeugnisses dürfte aber auch ein nachträglicher Verzicht keine rechtliche Wirkung haben [56]). Es ist dem Dienstgehilfen natürlich freigestellt, den Anspruch nicht geltend zu machen. Seine Verzichterklärung kann nur dahin gedeutet werden, daß im vorliegenden Zeitpunkt ein Bedürfnis für das Zeugnis nicht bestehe. Das hindert jedoch den Dienstgehilfen nicht, später das Zeugnis zu verlangen [57]).

Die Unverzichtbarkeit des Zeugnisanspruchs folgt auch noch aus einem anderen Grunde. Wie schon oben S. 7 betont, wendet sich das Zeugnis an Dritte, nämlich die Vielzahl aller der Personen, bei denen der Dienstgehilfe anläßlich einer Bewerbung um eine Stellung Nachweis über seine bisherige Tätigkeit führen will. Weiter wurde festgestellt, daß auf diese Weise das Zeugnis dazu dient, den Werktätigen an den ihm zukommenden Arbeitsplatz zu stellen mit dem Ziele einer der Allgemeinheit Nutzen bringenden Arbeitsleistung. Das Zeugnis hat in dieser Aufgabe Aehnlichkeit mit einem *Befähigungsnachweis*. Auf einen solchen kann nach herrschenden allgemeinen Grundsätzen nicht verzichtet werden. Ein derartiger Befähigungsnachweis ist z. B. ein Staatsexamen oder eine Meisterprüfung. Dem Einzelnen bleibt es freigestellt, ob er von dem bestandenen Examen Gebrauch machen will; er kann aber nicht darauf verzichten, z. B. weil das Ergebnis schlecht war, um eine Wiederholungsmöglichkeit mit besonderem Erfolge zu erreichen. Diese Grundgedanken des Befähigungsnachweises können auf das Zeugnis übertragen werden und bieten einen weiteren inneren Grund für die Unverzichtbarkeit des Zeugnisanspruches [58]).

Der Dienstgehilfe hat also trotz eines etwa erklärten Verzichts — sei er vor oder nach Entstehung des Zeugnisanspruches ausgesprochen — das Recht, ein Zeugnis zu fordern.

### 5. Besonderheiten bei minderjährigen Dienstgehilfen.

Bei *minderjährigen* Dienstgehilfen kann zweifelhaft sein, ob der Minderjährige oder der gesetzliche Vertreter das Zeugnis fordern kann. Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen, oder ob

---

53) Ber. d. Komm. über den Entw. eines HGB und eines EG, a. a. O., S. 225.

54) OLG. 22/304.

55) Hueck, Lehrb. Bd. I, S. 242; Kaskel, S. 182; Lotmar, Bd. II, S. 228; Staudinger § 630, VII; RGK. § 630, 1; Planck § 630, 8; Oertmann, § 630, 6; Staub § 73, Anm. 5; Titze, S. 862; OLG. 22/304. a. A.: Ritter § 73, 6 u. RAG. Bensh. 8/49.

56) a. A.: Lehmann-Ring, § 73, 3; Makower,, § 73, II, d.

57) So die h. M. Vgl. Anm. 2, S. 36 der Arb.

58) Für Unverzichtbarkeit wegen des Schutzzwecks die h. M.; vgl. Anm. 55.

dieser auf Grund einer nach § 113 BGB von dem gesetzlichen Vertreter erteilten Ermächtigung den Dienstvertrag abgeschlossen hat. Hat der gesetzliche Vertreter den Vertrag geschlossen, so steht der Anspruch auf das Zeugnis zwar dem Minderjährigen zu, dieser bedarf jedoch zur Geltendmachung der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, d. h. seiner Zustimmung. Andernfalls kann nur der Vertreter das Zeugnis fordern [59]. Ist der Minderjährige dagegen von dem gesetzlichen Vertreter ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 BGB), dann ist der Minderjährige für alle Geschäfte voll geschäftsfähig, die sich aus dem Dienstverhältnis ergeben; dazu gehört auch das Recht, ein Zeugnis zu fordern. Im Falle des § 113 BGB ist der Minderjährige allein in der Lage, das Zeugnis zu verlangen, da der gesetzliche Vertreter im Rahmen der erteilten Ermächtigung seinerseits die Vertretungsbefugnis des Minderjährigen verliert [60].

Diese Grundsätze haben in den §§ 113 Abs. 4 Gew.O. und 85 a Preuß. Berggeſ. eine Einschränkung erfahren. Diese beiden Vorschriften bestimmen, daß der gesetzliche Vertreter (im Falle der Ermächtigungserteilung) auch seinerseits die Ausstellung des Zeugnisses fordern kann. Außerdem kann er verlangen, daß das Zeugnis an ihn und nicht an den Minderjährigen ausgehändigt wird. Diese Bestimmung kann nur dort von Bedeutung werden, wo der gesetzliche Vertreter die Ermächtigung nach § 113 BGB erteilt hat, und dementsprechend der Minderjährige selbst den Vertrag geschlossen hat. Die bei Erteilung der Ermächtigung notwendige Folge, daß der Minderjährige im Rahmen des Dienstverhältnisses unbeschränkt geschäftsfähig wird und nur allein das Zeugnis fordern kann, erfährt in diesem Punkt also eine Durchbrechung. Allerdings bestimmen die beiden angeführten Gesetze weiter, daß die Gemeindebehörde den Dienstherrn ermächtigen kann, das Zeugnis unmittelbar auch gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen auszuhändigen. Diese Vorschrift ist, wie sich aus den Vollzugsanweisungen zu § 113 Gew.O. ergibt, für Fälle vorgesehen, bei denen die Aushändigung an den gesetzlichen Vertreter wegen mangelnder geistiger oder sittlicher Eignung desselben oder aus anderen Gründen zum offenbaren Nachteil des Minderjährigen gereichen würde [61].

Die §§ 113 Abs. 4 und 85 a Preuß. Berggeſ. können als Sondervorschriften für die übrigen Zeugnisbestimmungen nicht gelten [62]. Dennoch kann auch in diesen Fällen das gleiche Ergebnis erreicht werden, da der gesetzliche Vertreter gemäß § 113 Abs. 2 BGB die Ermächtigung einschränken kann. Diese Einschränkung kann auch darin bestehen, daß der gesetzliche Vertreter allein oder neben dem Minderjährigen das Zeugnis fordern darf. Verlangt der Minderjährige trotz dieser Einschränkung das Zeugnis, so kann die Entgegennahme desselben nicht deshalb wirksam sein, weil der Minderjährige hierdurch lediglich einen rechtlichen Vorteil erwirbt; nach zwar bestrittener, aber richtiger Ansicht ist die (rechtlich wirksame) Erfüllungsannahme durch den Verlust des Anspruchs kein lukratives, sondern ein onoroses Rechtsgeschäft [63].

## III. Der Verpflichtete.

### 1. Allgemeines.

Da der Zeugnisanspruch aus dem personenrechtlichen Treuverhältnis fließt, richtet er sich an den Dienstherrn. Dieser ist also der Verpflichtete, ohne daß damit gesagt sein soll, daß er auch in Person die Leistung erbringen müsse. Der Zeugnisanspruch ist zwar ein personenrechtlicher, jedoch kein höchst persönlicher Anspruch, der nur von dem eigentlich Verpflichteten erfüllt werden könnte. Höchstpersönlich sind nur solche Ansprüche, die wesensmäßig ihrem Inhalt und ihrer Art nach an die Person gerade dieses Verpflichteten gekettet sind, so z. B. die

59) Unverständlich v. Karger S. 16, wonach „der Anspruch auf das Z. regelmäßig nur dem gesetzlichen Vertreter zusteht".

60) Staudinger, § 112, 5; Planck, § 113, 4, RGR., § 113, 1.

61) Preuß. Ausführungsanw. v. 1. 5. 1904, Ziff. 192; desgl. § 12 der bayr., § 20 der württemb., § 73 der sächs. Vollzugsanweisung.

62) Titze, S. 861, 2 a.

63) Staudinger, § 107, 3; Planck § 107, 3 b; RGR. § 107, 2.

Herstellung eines Gemäldes von der Hand eines berühmten Meisters. Das Zeugnis dagegen kann denkbar von jedem erteilt werden, der die tatsächlichen Unterlagen kennt, aus denen das Zeugnis zu bilden ist.

Ist der Dienstherr eine juristische Person, so kann nur deren Organ die Ausstellung vornehmen, denn dieses ist allein in der Lage, Handlungen irgendwelcher Art für die juristische Person zu bewirken.

### 2. Die Ausstellung durch einen Vertreter.

Von der Organschaft ist die Stellvertretung zu unterscheiden, die wiederum in gesetzliche und gewillkürte einzuteilen ist. Die gesetzliche Stellvertretung ist eine notwendige, daher kann das Zeugnis nur von dem gesetzlichen Vertreter ausgestellt werden, nicht von dem Vertretenen. Zweifelhaft kann sein, ob der Dienstherr das Zeugnis durch einen gewillkürten Vertreter ausstellen lassen darf. In diesem Fall liegt die Möglichkeit, das Zeugnis zu erteilen, rechtlich und tatsächlich bei dem vertretenen Dienstherrn vor. Titze[64]) meint daher, daß der Dienstgehilfe die Erteilung des Zeugnisses durch einen Vertreter sich nicht gefallen zu lassen brauche. Aber sogar wenn man den Zeugnisanspruch als einen personenrechtlichen Anspruch aus dem Treuverhältnis bezeichnet, — was bei Titze fraglos nicht der Ausgangspunkt seiner Ansicht war — ist nicht zu erkennen, warum die Ausstellung eines Zeugnisses durch einen Vertreter unzulässig sein sollte. Stellvertretung ist im Rechtsleben überall dort zulässig, wo sie nicht durch besondere Vorschriften oder die Natur der Dinge ausgeschlossen ist. Eine besondere Vorschrift ist im Zeugnisrecht nicht vorhanden; die personenrechtliche Natur des Anspruchs allein kann die Vertretungsmöglichkeit nicht ausschließen, sie kann nur eine gewisse Begrenzung bewirken. So muß aus dem Zeugnis klar zu erkennen sein, daß es im Namen des Dienstherrn ausgestellt wird[65]). Ferner muß der Vertreter sich in übergeordneter Stellung zu dem Dienstgehilfen befinden, also etwa ein leitender Angestellter sein. Ganz abgesehen davon, daß es für den Dienstgehilfen eine Kränkung bedeuten würde, wenn ein gleich- oder gar untergeordneter Angehöriger der gleichen Gemeinschaft oder ein solcher, der der Gemeinschaft nicht angehört, über ihn urteilen wollte, kommt auch hier wieder der Gedanke zur Geltung, daß ein Zeugnis einen (für die Allgemeinheit wichtigen) Befähigungsnachweis darstellt. Daher ist auch erforderlich, daß der Vertreter derselben engeren Gemeinschaft (Betrieb, Betriebsabteilung) angehört wie der Dienstgehilfe. Ein Urteil über die Leistung eines Anderen kann nur jemand abgeben, der selbst diese Materie beherrscht, denn nur dann ist eine Wertung möglich. Unter diesen Voraussetzungen ist jedenfalls die Stellvertretung bei der Ausstellung von Zeugnissen anzuerkennen[66]).

### 3. Die Ausstellung durch den Erben.

Ist der Dienstherr verstorben, so kann zweifelhaft sein, ob der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses auch gegenüber den Erben fortbesteht. § 1922 BGB bestimmt, daß mit dem Tode einer Person deren Vermögen[67]) als Ganzes auf die Erben übergeht. Die Verpflichtung zur Ausstellung eines Zeugnisses ist nun, wie festgestellt, keine vermögensrechtliche Verpflichtung, sondern eine Verpflichtung aus einem Personenrechtsverhältnis. Unvererblich sind grundsätzlich alle Verbindlichkeiten zu Leistungen, die höchstpersönlicher Natur sind[68]). Zu diesen gehört aber der Zeugnisanspruch nicht. So gut, wie von einem Vertreter ein Zeugnis ausgestellt werden kann, muß es auch von den Erben des verstorbenen Dienstherrn erteilt werden können. Man kann auch heute noch unter Anknüpfung an den deutschrechtlichen Gedanken der Fortsetzung einer Person durch den Erben

---

64) a. a. O. S. 861/862.

65) Dersch, Lehrb., S. 245; Staudinger § 630, II 3.

66) Im Ergebnis ebenso Dersch, DtArbR. 36, S. 71/72; derselbe, Lehrb., S. 245, Staub § 73, Anm 2; Hueck, Lehrb. I, S. 279; Anm. 4; Staudinger § 630, II, 3; a. A. Titze, S. 861.

67) Strittig ist, ob zum Vermögen auch die Verbindlichkeiten gehören; auf diese Frage braucht jedoch nicht eingegangen zu werden, da der Erbe im Regelfall für diese haftet.

68) Staudinger, § 1922, IV, 2, c, β.

von einer „Fortsetzung des Rechtslebens des Erblassers" sprechen[69]). Der Erbe tritt nicht nur in die vermögensrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, sondern die Erbfolge erscheint, wie Boehmer[70]) sagt, als ein umfassender Eintritt eines oder mehrerer neuer Rechts- und Pflichtträger in die gesamte Rechtsstellung des Verstorbenen. Als Folge ergibt sich auch die Verpflichtung zur Erfüllung personenrechtlicher Ansprüche, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind. Der Anspruch auf ein Zeugnis muß also durch die Erben erfüllt werden. Das gilt ohne weiteres für ein Zeugnis über Art und Dauer der Beschäftigung. Aber auch bei Ausdehnung des Zeugnisses auf Führung und Leistung haben die Erben einem dahingehenden Verlangen des Dienstgehilfen zu entsprechen mit der Maßgabe, daß sie verpflichtet sind, mangels eigener Kenntnis hierüber so weit wie möglich Ermittlungen anzustellen und deren Ergebnis dem Urteil zugrundezulegen[71]).

### 4. Die Ausstellung bei rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge.

Im Falle einer Geschäftsveräußerung sind zwei Fälle zu unterscheiden: Wird anläßlich der Veräußerung des Geschäfts das alte Dienstverhältnis zwischen dem veräußernden Dienstherrn und dem Dienstgehilfen gelöst und gleichzeitig mit dem neuen Inhaber ein anderes begründet, so kann der Dienstgehilfe für die Zeit vor der Geschäftsveräußerung ein Zeugnis nur von dem alten Dienstherrn fordern. Der Zeugnisanspruch greift stets „bei Beendigung" eines Dienstverhältnisses Platz, also auch im vorliegenden Falle, der insoweit keine Besonderheit bietet. Anders dagegen, wenn der Neuerwerber mit Einverständnis der Beteiligten an Stelle des alten Dienstherrn in das bestehende Dienstverhältnis eintritt. In diesem Falle endigt das alte Dienstverhältnis nicht, sondern bleibt unter Wechsel des Dienstherrn bestehen. Der Erwerber tritt hier in die personenrechtlichen Beziehungen des alten Dienstverhältnisses ein. Das bestehende Treuband zwischen Dienstgehilfen und altem Dienstherrn wird an dessen Stelle mit der Person des Erwerbers verknüpft. Der Dienstgehilfe kann dann nur noch von diesem ein Zeugnis über die Dienstzeit auch vor Geschäftsveräußerung verlangen, wobei sich der neue Dienstherr — wie beim Erbgang — über Führung und Leistung in angemessener Weise erkundigen muß.

### 5. Die Ausstellung im Falle des Konkurses des Dienstherrn.

Im Falle des Konkurses des Dienstherrn bleibt grundsätzlich der Gemeinschuldner verpflichtet, das Zeugnis auszustellen, denn der Konkursverwalter ist nur aus vermögens-rechtlichen Gründen eingesetzt. Endet daher das Dienstverhältnis, ohne daß der Konkursverwalter dieses fortsetzt, so ist der Zeugnisanspruch nicht etwa ein gegenüber dem Konkursverwalter geltend zu machender konkursrechtlicher Anspruch, sondern wegen der personenrechtlichen Natur ein Anspruch gegenüber dem Gemeinschuldner[72]). Folgerichtig richtet sich bei Fortführung des Dienstverhältnisses durch den Konkursverwalter der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses gegen die Person des Konkursverwalters.

### 6. Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Ein Zurückbehaltungsrecht sowohl, als auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages kann der Dienstherr gegenüber dem Anspruch des Dienstgehilfen auf Erteilung eines Zeugnisses nicht geltend machen. Der Schutzgedanke des Zeugnisses läßt das nicht zu. Die Unmöglichkeit eines Zurückbehaltungsrechts am Zeugnis nach § 273 BGB folgt aus dieser Vorschrift selbst, da „sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". § 320 BGB ist unanwendbar, weil die Zeugniserteilung nicht die „Gegenleistung" für die zu leistenden Dienste darstellt; die Gegenleistung des § 320 besteht vielmehr in der zu zahlenden Vergütung[73]).

69) Boehmer, S. 216.
70) a. a. O.
71) Im Ergebnis ebenso Staub, § 73, 2; Lehmann-Ring, § 73, 2; Ritter, § 73, 2, die allerdings von dem vermögensrechtlichen Charakter des Zeugnisses ausgehen.
72) GewKfmGer. 18, S. 40.
73) Staudinger, § 630, II, 6; Titze, S. 863, a; Hueck, Lehrb. I, § 49, 9; a. a. Landmann-Rohmer, § 113, 1, a, S. 349.

## C. Zeitpunkt der Erteilung des Zeugnisses.

Zwei Fragen tauchen in diesem Zusammenhang auf, über die in Schrifttum und Rechtsprechung die Meinungen erheblich auseinandergehen: von wann ab der Dienstgehilfe frühestens das Zeugnis fordern und wie lange nach Beendigung des Dienstverhältnisses er diesen Anspruch noch geltend machen kann.

### I. Der früheste Zeitpunkt.

Geht man von dem Wortlaut der verschiedenen Zeugnisbestimmungen aus, so läßt sich hieraus kein zweifelsfreies Ergebnis darüber gewinnen, wann frühestens das Zeugnis verlangt werden kann. Teils wörtlich[74]), teils dem Sinn nach[75]) steht in den fraglichen Vorschriften, daß das Zeugnis „bei Beendigung“ des Dienstverhältnisses gefordert werden kann. Ein Teil der Wissenschaft vertritt hier den Standpunkt, die Worte „bei Beendigung“ bedeuteten den Zeitpunkt der rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses[76]). Dem gegenüber wird behauptet, „bei Beendigung“ bedeute nichts weiter als „anläßlich, im Falle etc.“, sei also nicht zeitlich gemeint, sodaß ein Zeugnis schon vor der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses gegeben werden müsse; z. B. von der Kündigung an, falls eine solche das Dienstverhältnis auflöse, bei durch Zeitablauf endigenden Verhältnissen angemessene Zeit vorher.

#### 1. Die ordentliche Kündigung.

Die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen ergibt widersprechende Ergebnisse. Bei der Beratung des § 630 BGB wurde erwogen, dem Dienstgehilfen schon mit der Kündigung einen Anspruch auf das Zeugnis zu geben. Ein dahingehender Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, daß unmittelbar nach der Kündigung leicht Mißhelligkeiten unter den Beteiligten entstehen könnten, außerdem der Dienstherr bei Vorliegen einer gewissen Erregtheit ein weniger gutes Zeugnis ausstellen würde. Daher sei anzunehmen, daß eine solche Vorschrift nicht zu einem friedlichen Verhältnis gereichen werden[77]). Hieraus läßt sich zweifelsfrei entnehmen, daß der Gesetzgeber wünschte, den Zeugnisanspruch nicht schon mit der Kündigung, sondern erst mit der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses zu gewähren.

Der Bericht der Kommission über den Entwurf eines HGB läßt den entgegengesetzten Standpunkt erkennen. Dort wurden Anträge gestellt, dem § 73 (damals § 72) statt der Worte: „bei dem Abgange“, die Eingangsfassung: „Nach erfolgter Kündigung“ oder „Vom Tage der Kündigung . . . .“ zu geben. Die Anträge wurden mit der Begründung abgelehnt, daß nach den Vorschriften des BGB kein Zweifel sein könne, daß nach Treu und Glauben das Zeugnis schon mit der Kündigung verlangt werden könne; es empfehle sich daher, die Ausdrucksweise des BGB zu übernehmen; insoweit bedürfe es einer ausdrücklichen Bestimmung nicht[78]). Die Kommission hat hierbei nicht berücksichtigt, daß bei der Beratung des § 630 BGB zum Ausdruck gebracht wurde, daß ein Zeugnis erst im Moment der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses gefordert werden sollte, nicht schon von der Kündigung ab. Würde man die Entstehungsgeschichte der beiden Vorschriften zugrundelegen, so wäre das Ergebnis, daß der Zeugnisanspruch des BGB-Dienstverhältnisses erst im Zeitpunkt der rechtlichen Endigung, der Zeugnisanspruch des HGB-Dienstverhältnisses dagegen bereits mit der Kündigung entstehen würde.

---

74) BGB. § 630, HGB. § 73.

75) Gew.-O. § 113 — „beim Abgange“; desgl. § 85 a Preuß. Berggeſ.; dto. § 84 — „dem abkehrenden Bergmann“; Seemannsordnung § 19 — „vor der Abmusterung“; diese besteht gemäß § 18 in der „Verlautbarung“ der Beendigung des Dienstverhältnisses. Die Abmusterung setzt also die Beendigung des Dienstverhältnisses voraus. (Schaps, § 18, S. 180, Anm. 7.)

76) RGK. § 630, 2; Planck, § 630, 2; Landmann-Rohmer, § 113, 1 a.

77) Mugdan, Bd. II, S. 1290 u. 1349.

78) Vgl. hierzu Bericht der Kommission über den Entwurf eines HGB, a. a. O., S. 224.

Eine derartige unterschiedliche Behandlung der beiden Zeugnisansprüche wäre durch nichts gerechtfertigt. Auch hier kann die richtige Lösung nur vom Zweck der Zeugnisbestimmungen aus gefunden werden. Das Zeugnis soll — wie wiederholt festgestellt wurde — dem Fortkommen des Dienstgehilfen dienen. Um sich im Falle der Beendigung seines Dienstverhältnisses nach einer anderen Arbeitsmöglichkeit umsehen zu können, benötigt er sein Zeugnis und Zeit. Der letzten Notwendigkeit trägt § 629 BGB Rechnung, indem er dem Dienstgehilfen einen angemessenen Urlaub zum Stellensuchen zubilligt [79]), um ihn in die Lage zu versetzen, sofort nach Beendigung des alten Dienstvertrages eine neue Stelle anzutreten und weiter zu verdienen [80]). Dieser Urlaub ist aber wertlos, wenn der Dienstgehilfe nicht zugleich alle Mittel in der Hand hat, seine Stellungssuche auch erfolgreich zu gestalten; dazu gehört vor allem die Möglichkeit, bei der Bewerbung an einer neuen Stelle den Nachweis darüber führen zu können, welcher Art seine bisherige Tätigkeit und wie der Erfolg derselben war. Erfahrungsgemäß legt der neue Dienstherr besonders auf die Ergebnisse der letzten Stellung Wert. Hierzu benötigt der Dienstgehilfe dringend sein Zeugnis. Der Zweck des § 629 würde vereitelt werden, wollte man dem Dienstgehilfen das Zeugnis erst im Zeitpunkt der rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses zuerkennen.

Der bei der Beratung des § 630 hervorgetretene Standpunkt ist nicht überzeugend. Soweit aufgrund von Mißstimmungen die Ausstellung eines schlechteren Zeugnisses zu befürchten ist, kann das nur für das Urteil über Führung und Leistung bedeutsam werden, nicht aber bei einer Bescheinigung über Art und Dauer der Tätigkeit; mit einer solchen Bescheinigung wird aber dem Dienstgehilfen häufig schon hinreichend gedient sein, so daß er es unterlassen kann, sich einer etwaigen Willkür des Dienstherrn bei Ausstellung eines Leistungszeugnisses auszusetzen. Erteilt der Dienstherr aber auf Verlangen des Dienstgehilfen ein Zeugnis über Führung und Leistung, und entspricht sein Urteil nicht den Tatsachen, so kann der Dienstgehilfe sein Recht im Klagewege suchen. In den meisten Fällen wird der Vorteil, schon von der Kündigung an mit einem Zeugnis aufwarten und sich bewerben zu können, größer sein als die Versagung des Zeugnisses bis zum rechtlichen Ende des Dienstverhältnisses, um den Dienstgehilfen vor Ungerechtigkeiten zu schützen. Aus diesen Gründen wird von dem überwiegenden Teil der Literatur dem Dienstgehilfen schon von der Kündigung an ein Anspruch auf das Zeugnis zugesprochen [81]).

Dieser Ansicht ist grundsätzlich beizutreten, aber mit einer Einschränkung. Da das Zeugnis in seiner Eigenschaft als Befähigungsnachweis allgemeinen Belangen dient, muß es richtige Auskunft über den Dienstgehilfen und seine Leistungen usw. geben. Das Bild kann aber häufig schief sein, wenn das Zeugnis bereits mit der Kündigung erteilt wird, und die ganze rechtliche Dauer des Dienstverhältnisses beurteilt wird; die Zeit von der Kündigung bis zur rechtlichen Endigung des Dienstverhältnisses bleibt unberücksichtigt. Besonders bei längeren Kündigungsfristen kann sich durch ein Verhalten des Dienstgehilfen leicht eine andere Beurteilung seines bis zur Kündigung ordnungsmäßigen Wesens ergeben. Um dem Dienstherrn auf jeden Fall die Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Zeugnisses über die ganze rechtliche Dauer des Dienstverhältnisses zu ermöglichen, hat er das Recht und die Pflicht, nur ein „vorläufiges" Zeugnis auszustellen, wenn der Dienstgehilfe bereits vom Zeitpunkt der Kündigung an ein solches fordert. Nach Ablauf der ganzen Dienstzeit kann dann der Dienstgehilfe gegen Rückgabe des vorläufigen Zeugnisses ein endgültiges erhalten [82]).

Kündigt der Dienstgehilfe zu früh, so kann er das Zeugnis erst von dem Zeitpunkt ab verlangen, mit dem frühestens die Kündigung zulässig ist, d. h. mit dem Beginn der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist [83]).

---

79) § 629 gilt für alle dauernden Dienstverhälnisse, also auch diejenigen der GewO., HGB usw.; Vgl. Staud., § 629, I.

80) Staud., a. a. O.,

81) So auch Staub, § 73, 3; Titze, S. 863; Ritter, § 73, 2; Lehmann-Ring, § 73, 1; Makower, § 73, II b; Staud., § 630, II, 5; Warneyer, § 630, 4; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 3; Becker, DtArbR. 34, S. 272; LAGBensh., 2/34.

82) LAGBensh. 2/34; Sperling, S. 305; v. Karger, S. 20; Dersch, DtArbR. 36, S. 70; Staud., § 630, II, 5.

83) Staub, § 73, 3; Titze, S. 863; GewKfmGer. 18/41; Staud., § 630, II, 5.

Wenn danach bei Kündigung der Dienstgehilfe das Zeugnis bereits vor Beendigung des Dienstverhältnisses fordern kann, muß auch ein gleiches für solche Dienstverhältnisse gelten, die nicht durch Kündigung, sondern durch Zeitablauf endigen. Genau so, wie entgegen dem Wortlaut des § 629 [84]) hier nach herrschender Ansicht angemessene Zeit vor Beendigung des Dienstverhältnisses dem Dienstgehilfen Urlaub zum Stellensuchen zu gewähren ist [85]), muß auch das Zeugnis entsprechende Zeit vorher gegeben werden. Eine unterschiedliche Behandlung der auf bestimmte Zeit und der auf unbestimmte Zeit angestellten Dienstgehilfen ist nicht gerechtfertigt und kann auch nicht vom Gesetzgeber gewollt sein.

### 2. Außerordentliche Kündigung.

Die außerordentliche Kündigung kann von jedem Teil des Dienstverhältnisses beim Vorliegen eines sie rechtfertigenden „wichtigen Grundes" [86]) ausgesprochen werden. Für die Frage, wann bei Kündigung aus wichtigem Grunde das Zeugnis verlangt werden kann, ergibt sich folgende Beantwortung: Ist die Kündigung zu Recht erfolgt, d. h. lag ein wichtiger Grund vor, so endigt das Dienstverhältnis mit der Kündigung. Das Zeugnis kann also sofort verlangt werden; Zeitpunkt der Endigung des Dienstverhältnisses und Zeitpunkt der Entstehung des Zeugnisanspruches fallen hier zusammen.

Wird das Dienstverhältnis zu Unrecht, d. h. ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt, so ist zu unterscheiden, von wem die Kündigung ausging. Hat der Dienstherr zu Unrecht gekündigt, so kann der Dienstgehilfe das Zeugnis verlangen, trotz des infolge der unwirksamen Kündigung fortbestehenden Dienstverhältnisses. Der Dienstherr hat zu erkennen gegeben, daß er das Verhältnis als beendet ansieht, und er würde arglistig handeln, wollte er die Erteilung des Zeugnisses deshalb verweigern, weil seine eigene Kündigung zu Unrecht erfolgt sei; der Gedanke des venire contra factum proprium verbietet ein solches Verhalten. Das gilt nicht nur insoweit, als der Dienstgehilfe diese unwirksame Kündigung „annimmt". Denn in der unwirksamen Kündigung kann ein Antrag auf Abschluß eines Aufhebungsvertrages gesehen werden, der durch zustimmende Erklärung des Dienstgehilfen wirksam wird. Auch wenn der Dienstgehilfe die außerordentliche Kündigung nicht anerkennt, kann er das Zeugnis verlangen nach dem erwähnten Gedanken des venire contra factum proprium, der eine Weigerung des Dienstherrn verbietet. Das gleiche gilt, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die unwirksame außerordentliche Kündigung immerhin als wirksame ordentliche Kündigung gelten solle [87]).

Hat der Dienstgehilfe zu Unrecht — also ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes — gekündigt, so ist ebenfalls zu unterscheiden, ob die zu Unrecht erfolgte außerordentliche Kündigung möglicherweise als ordentliche wirksam sein soll. Ist das nicht der Fall, so kann der Dienstgehilfe kein Zeugnis verlangen, es sei denn, daß der Dienstherr die ao. Kündigung, unter Umdeutung in einen Aufhebungsantrag [88]), annimmt. Geht dagegen aus den Umständen hervor, daß das Dienstverhältnis auf alle Fälle — wenn nicht sogleich durch ao., so doch wenigstens für später durch ordentliche Kündigung — beendet werden sollte, so ist der Dienstherr nur gehalten, mit Beginn der ordentlichen Kündigungsfrist das Zeugnis zu erteilen.

---

84) § 629 lautet: „Nach der Kündigung . . .".

85) Staudinger, § 629, I; RGK, § 629, 1; Titze, S. 767.

86) Ohne Bedeutung für die hier zu behandelnde Frage ist es, ob die ao. K. aus jedem wichtigen Grunde oder nur aus einem im Gesetz erschöpfend aufgezählten Grunde zulässig ist.

87) Zu Unrecht nimmt die h. M. das in allen Fällen an (Staudinger, § 626, IV, 5; Staub, § 66, Anm. 8); häufig wird gekündigt aus Gründen, bei deren Nichtvorliegen der Wunsch nach Beendigung des Verhältnisses überhaupt — also auch für den ordentlichen Kündigungstermin — nicht erhoben werden würde; z. B. eine Hausangestellte kündigt in der irrigen Annahme, der Dienstherr sei Jude; umgekehrt kündigt ein Dienstherr einem zuverlässigen Angestellten in der irrigen Annahme, dieser habe gestohlen. Die Kündigung zeigt nicht nur den Willen des Kündigenden, das Dienstverhältnis zu beenden (wenigstens nicht die außerord. Kündigung), sondern dieser Wille erhält seinen Antrieb aus dem wichtigen Grunde. Fehlt dieser, so ist ein Beendigungswille oft garnicht vorhanden. Die Lehre von der „Abstraktheit" der Kündigung ist abzulehnen, worauf im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann.

88) Die Möglichkeit einer solchen Umdeutung ist allgemein anerkannt; Hueck, Lehrb. I, S. 307; Lotmar, Bd. I, S. 568; RAG 20/364.

## II. Dauer des Anspruchs.

Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, wie lange Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses das Zeugnis gefordert werden kann. Genau so, wie zur Klärung der Frage, wann frühestens das Zeugnis verlangt werden kann, der Wortlaut des Gesetzes keinen befriedigenden Beitrag liefert, bringt auch hier ein solches Vorgehen nur zweifelhafte Ergebnisse. „Bei der Beendigung" kann heißen, daß nur in diesem Zeitpunkt das Zeugnis verlangt werden dürfe, nach Beendigung des Dienstverhältnisses jedoch nicht mehr[89]). Diese Meinung wird auch vertreten, mit der Begründung, der Dienstverpflichtete solle nicht nach längerer Zeit noch den Berechtigten (Dienstherrn) behelligen dürfen[90]). Marcus[91]) meint, das Zeugnis verliere mit Ablauf einer längeren Zeit an Wert; habe der Zeugnisberechtigte gar, ohne ein Zeugnis zu verlangen, eine andere Stellung gefunden, so könne er das Zeugnis keinesfalls verlangen, da sich ergebe, daß ein solches nicht von Wichtigkeit war.

Bei Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 73 HGB zeigt sich eine entgegengesetzte Auffassung. Ein Antrag, den Eingang des § 73 dahin zu fassen: „Vom Tage der Kündigung an bis 6 Monate nach dem Abgange . . ." wurde abgelehnt mit der Begründung, daß „der Handlungsgehilfe ein großes Interesse daran haben könne, auch nach 6 Monaten ein Zeugnis zu bekommen"[92]).

Ein abweichendes Ergebnis würde dem Zweck des Zeugnisses keineswegs gerecht werden. Die Zeugniserteilung ist eine Verpflichtung des Dienstherrn aus dem Treuverhältnis. Hier von einer „Behelligung" des Dienstherrn zu sprechen, geht nicht an; dieser erweist dem scheidenden Dienstgehilfen mit der Ausstellung des Zeugnisses den letzten Treudienst, um dessenwillen er sich eine „Belästigung" gefallen lassen muß. Desgleichen ist unrichtig, daß das Zeugnis für den Dienstgehilfen durch Zeitablauf an Wert verliere. Bei jeder Bewerbung um eine neue Stellung ist auch ein älteres Zeugnis von Wichtigkeit, denn es vervollständigt das durch andere Zeugnisse gegebene Bild des Dienstgehilfen. Im übrigen können Gründe vorliegen, die dem Dienstgehilfen zur Zeit das Zeugnis noch entbehrlich machen, bei ihrem Fortfall jedoch ein Bedürfnis nach einem solchen begründen. Man stelle sich den von Du Chesne in anderem Zusammenhang gebrachten Fall vor, daß ein Mädchen seine Stellung verläßt, um zu heiraten. In der Annahme, nicht mehr ein Dienstverhältnis eingehen zu müssen, fordert sie kein Zeugnis. Ihr Mann stirbt und sie ist gezwungen, erneut eine Arbeitsstelle zu suchen. In diesen Fällen einen Zeugnisanspruch wegen Zeitablaufs zu versagen, wäre unbillig. Im übrigen beweist der Wortlaut keineswegs die gegenteilige Meinung. „Bei Beendigung" bedeutet auch hier so viel wie „anläßlich", ergibt also nichts über die Dauer der Geltendmachung.

Grundsätzlich bleibt daher auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses der einmal entstandene Zeugnisanspruch bestehen; fraglich ist nur, wie lange. Ueberwiegend wird der Standpunkt vertreten, daß die allgemeine Verjährung des § 195 BGB gelte[93]). Ohne Einschränkung kann das nicht anerkannt werden. Diese Einschränkung wurde früher dahin gemacht, daß der Anspruch bereits vor Ablauf der 30jährigen Verjährungsfrist erlöschen sollte, wenn er nicht in einer angemessenen Zeit nach Beendigung geltend gemacht würde, innerhalb deren dem Dienstherrn die hinreichende Erinnerung an die Tatsachen noch zuzumuten sei[94]). Hier wird der personenrechtliche Charakter des Dienstverhältnisses zu Hilfe gezogen werden müssen. Je nachdem, ob der Dienstgehilfe längere oder kürzere Zeit bei dem Dienstherrn tätig war, ist an dessen Treupflicht eine höhere oder geringere Anforderung zu stellen. Mit Recht weist Dersch[95]) darauf hin, daß bei kürzerer Tätigkeit auch eine kürzere Erlöschenszeit eintrete, bei längerer Dienstzeit ent-

---

89) Du Chesne, S. 81; Landmann-Rohmer, § 113, 1, a.

90) Du Chesne, a. a. O.

91) a. a. O., S. 610.

92) Bericht der Kommission, a. a. O., S. 225.

93) Planck, § 630, 2 b; Staud., § 630, II, 7; Ritter, § 73, 2; Staub, § 73, Anm. 3; Lehmann-Ring, § 73, 1; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 3.

94) Hueck, Lehrb. I, S. 281; Staudinger, § 630, II, 7.

95) Dersch, DtArbR. 36, S. 71.

sprechend der stärkeren Treu- und Fürsorgepflicht des Dienstherrn auch das Zeugnis noch nach längerer Zeit verlangt werden könne. Als rechtsdogmatische Grundlage ist die Verjährung heranzuziehen, da die strengeren Voraussetzungen der Verwirkung (Nichtausübung eines Rechts trotz Kenntnis desselben und Möglichkeit der Geltendmachung sowie Unzumutbarkeit, jetzt noch Leistung zu verlangen) nicht vorzuliegen brauchen. Es genügt einfacher Zeitablauf.

## D. Form des Zeugnisses.

Das Zeugnis ist gemäß §§ 630 BGB und 73 HGB schriftlich zu erteilen. Das gilt auch für das Zeugnis nach der GewO, SeemO, dem Pr. BergGes. usw., wo die Schriftlichkeit nicht ausdrücklich erwähnt ist. Eine derartige Bestimmung wäre überhaupt nicht nötig gewesen, denn da das Zeugnis ein Befähigungsnachweis ist, dazu bestimmt, gegenüber der Vielzahl späterer Dienstherren als Ausweis zu dienen, so ergibt sich aus diesem Zweck bereits die Notwendigkeit der schriftlichen Erteilung. Grundsätzlich ist die einfache Schriftform ausreichend, nur in besonderen Fällen hat das Gesetz bestimmt, daß das Zeugnis auf Verlangen des Dienstgehilfen polizeilich zu beglaubigen ist [96]).

In Bezug auf die äußere Form ist der Dienstherr im übrigen freigestellt. Aber sein Ermessen muß den Erfordernissen einer Erfüllung seiner Treupflicht gegenüber dem Dienstgehilfen und der Bedeutung des Zeugnisses im Verhältnis zu Dritten gerecht werden. Das Zeugnis muß also auf einem Papier und in einer Schriftart ausgestellt werden, die dauerhaft genug sind, um auf längere Zeit von dem Dienstgehilfen im Verkehr mit späteren Dienstherren benutzt zu werden, ohne daß die Leserlichkeit des Textes darunter leidet [97]). Der äußere Eindruck des Zeugnisses muß ein günstiger sein, denn es soll den Dienstgehilfen empfehlen. Es darf nicht im Text verbessert sein, da das den Verdacht der Unechtheit aufkommen lassen könnte [98]); daher hat auch der Dienstherr (oder sein Vertreter) die Unterschrift eigenhändig zu vollziehen. Faksimile- oder Firmenstempel genügt nicht [99]). Im übrigen richtet sich die Beantwortung von Einzelfragen, so auch, ob ein bestimmtes Formular (Geschäftsbogen) zu verwenden ist, nach der Verkehrsüblichkeit, der Zumutbarkeit gegenüber den Beteiligten, dem Zweck des Zeugnisses und der von dem Dienstherrn billigerweise zu erwartenden Sorgfaltspflicht [100]).

## E. Inhalt des Zeugnisses.

Das Zeugnis als Oberbegriff ist unterzuteilen in die Dienstbescheinigung und das sogenannte erweiterte Zeugnis. Die Dienstbescheinigung ist die Bescheinigung über Art und Dauer des Dienstverhältnisses; das erweiterte Zeugnis erstreckt sich außerdem noch auf die Führung und die Leistungen des Dienstgehilfen.

Der Dienstherr ist zur Ausstellung eines Zeugnisses nur auf Verlangen des Dienstgehilfen verpflichtet und berechtigt, d. h. er kann ein solches nicht von sich aus erteilen, sondern nur, wenn der Dienstgehilfe es verlangt, was sich aus den

---

96) § 73, II HGB; §§ 84, 85 PrBergGes.; § 20 SeemO. bestimmt den Zwang der Beglaubigung vor dem Seemannsamt. Alle diese Beglaubigungen beziehen sich nur auf die Unterschrift, nicht auf den Inhalt. Daher hat die PolBehörde grundsätzlich auch kein Recht, ein inhaltlich falsches Zeugnis zurückzuweisen, wie Ritter, § 73, 8 und Landmann-Rohmer, § 114, 2 in jedem Fall annehmen. (Vgl. Titze, S. 862). Anders dagegen, wenn sich die Zeugnisausstellung als eine offensichtliche Rechtsverletzung darstellen würde; z. B. ein Dienstherr bescheinigt einem stadtbekannten Zuchthäusler, dieser habe in einer bestimmten Zeit treu und fleißig bei ihm gearbeitet, während er bekanntermaßen zu dieser Zeit im Zuchthaus gesessen hat. Hier darf und muß die Behörde ihre Mitwirkung versagen.

97) Staudinger § 630 IV; Titze, S. 862; Becker, Schl. W. 1929, S. 51.

98) Franke, S. 505; LAG Berlin JW 32, S. 3535; RAG JW 36, S. 1252, Anm. Oppermann; KG in GewKfmGer. Bd. 20, S. 145.

99) Franke, S. 506.

100) Titze, S. 862; v. Karger, S. 24; Franke, S. 506.

Worten des Gesetzes ergibt[101]). Auch der Zweck der Zeugnisbestimmungen führt zu diesem Ergebnis: Das Zeugnis soll dem Dienstgehilfen das Fortkommen ermöglichen; er ist aber nicht gezwungen, sich dessen zu bedienen. Also hat er auch nicht die Pflicht, gegen seinen Willen ein Zeugnis anzunehmen. Verweigert er die Annahme, so kommt er nicht in Verzug. Daher braucht der Dienstgehilfe, wenn er ein Zeugnis über Art und Dauer der Beschäftigung fordert, und der Dienstherr ein solches auch über Führung und Leistung erteilt, dieses nicht anzunehmen[102]).

Verlangt der Dienstgehilfe ein Zeugnis über Art und Dauer, so kann er noch nachträglich die Ausdehnung auf Führung und Leistung verlangen[103]). Die gegenteilige Ansicht beachtet nicht, daß auf das Zeugnis nicht verzichtet werden kann; wenn das aber richtigerweise bejaht wird, so kann auch nicht auf Teile des Zeugnisses verzichtet werden. Die beiden Bestandteile des Zeugnisses — Dienstbescheinigung und Leistungszeugnis — stehen sich auch nicht wie eine Wahlschuld gegenüber derart, daß mit Auswahl der einen Leistung die andere nicht mehr gefordert werden kann[104]).

Anders dagegen, wenn er ein Zeugnis im weiteren Sinne gefordert hat. Ist er bei Erhalt desselben damit nicht zufrieden, so kann er nicht etwa gegen Rückgabe des Führungszeugnisses nur ein solches über Art und Dauer der Beschäftigung verlangen. Auch hier greift wieder der Gesichtspunkt des Befähigungsnachweises Platz, der die Ablehnung eines schlecht ausgefallenen Zeugnisses verbietet[105]). Der Dienstherr braucht dem dahingehenden Verlangen des Dienstgehilfen nicht zu entsprechen[106]). Titze macht gegen dieses Ergebnis die Bedenken geltend, daß im Falle einer willkürlich schlechten Beurteilung durch den Dienstherrn der Dienstgehilfe bis zur Klage das Zeugnis nicht benützen könne, und daher u. U. ohne Erwerbsmöglichkeit sein würde. Es ist aber davon auszugehen, daß die Fälle einer Falschbeurteilung die Ausnahme darstellen; der betroffene Dienstgehilfe hat dann einen Schadensersatzanspruch gegen den schuldhaft handelnden Dienstherrn[107]). Demgegenüber steht das Interesse der Allgemeinheit, ein wahres Bild über den Dienstgehilfen zu erhalten; wenn dieser überhaupt Angaben über seine Führung und Leistung wünscht, so muß er in Kauf nehmen, daß das (wahre) Urteil schlecht ausfällt. Es stand im Belieben des Dienstgehilfen, über sich urteilen zu lassen oder nicht. Verlangt er die Beurteilung, so kann er es nicht vom Ergebnis derselben abhängig machen, ob er das Urteil annimmt oder nicht; im übrigen wäre ein solches Verlangen auch eine Unzumutbarkeit für den Dienstherrn.

## I. Die Dienstbescheinigung.

### 1. Die Art der Beschäftigung.

Die Art der Beschäftigung ist derart anzugeben, daß der Leser sich ein genaues Bild von ihr machen kann. Allgemeine Angaben, wie „Ingenieur“ oder „kaufmännischer Angestellter“, genügen nur dann, wenn im übrigen noch die Tätigkeit näher beschrieben wird. Sonst müssen Bezeichnungen gewählt werden, die einen allgemein festen Begriff darstellen, also etwa „englischer Auslandskorrespondent“, „Schofför“, „Lohnbuchhalter“ usw.[108]). Da das Zeugnis ein Befähigungsnachweis ist, können nur die Dienste angegeben werden, die der Dienstgehilfe tatsächlich geleistet hat, nicht etwa diejenigen, zu deren Erfüllung er nach dem Dienstverhältnis verpflichtet war[109]).

101) §§ 630 BGB, 73 HGB, 113 GO, 85a Berggeſ.: „Kann . . . fordern“. So auch RG JW 1897 S. 350 Nr. 27.

102) Planck § 630, 4a; Staudinger § 630, III 2a; Staub, § 73, Anm. 4; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 5; Dersch, Dt. ArbR. 36, S. 72; Franke S. 509.

103) Staudinger, § 630, III, 3; Staub, § 73, Anm. 5; Titze S. 868; Ritter § 734; Hueck, Lehrb. I, § 49, 1, 8; Makower, § 73, II, 1c; Kaskel-Dersch, § 41, II, 1c mit Einschränkung RAG. Bensh. 2, S. 67; v. Karger S. 26.

104) Aehnlich v. Karger, a. a. O.

105) selbstverständlich vorausgesetzt, daß das Zeugnis den Tatsachen entspricht, also wahr ist; vgl. S. 28.

106) Vgl. die Anm. 103.

107) Vgl. S. 37 der Arbeit.

108) Staub § 73 Anm. 4; Staudinger § 630 III, 1; Becker, Schl. W. 29, S. 52.

109) Franke, S. 509; Becker, a. a. O.

Hat der Dienstgehilfe eine leitende Stellung bekleidet, so ergibt schon das Erfordernis der genauen Bezeichnung der Art der Beschäftigung, daß diese Tatsache zu erwähnen ist. Die Bestätigung der Selbständigkeit der ausgeübten Tätigkeit kann der Dienstgehilfe nur verlangen, wenn er geistig schöpferisch tätig geworden ist [110]).

### 2. Dauer der Beschäftigung.

Hierbei kommt es auf die rechtliche, nicht auf die tatsächliche Dienstzeit an, wie sie sich z. B. bei einer vorzeitigen Beurlaubung ergeben würde [111]). Nur wenn die tatsächliche Beschäftigungsdauer so gering war, daß sie in keinem Verhältnis zu der rechtlichen steht, ist diese Tatsache zu vermerken; anderenfalls würde das wahrheitsgemäße Bild des Zeugnisses nicht gewahrt werden [112]). Kürzere Unterbrechungen sind nicht anzugeben [113]). Die Zeiten des Dienstantritts und der -beendigung sind genau zu bezeichnen [114]); es genügt nicht, die Dauer von drei Jahren anzugeben. Der künftige Dienstherr muß wissen, wann die Tätigkeit ausgeübt worden ist, da er hieraus Rückschlüsse auf die Kenntnisse ziehen kann.

Der Beendigungs**grund** darf hier nicht erwähnt werden, da er weder mit Art noch mit Dauer der Beschäftigung etwas zu tun hat [115]).

### 3. Zeugnis über Art oder Dauer?

In der Literatur wird die Meinung vertreten, daß der Dienstgehilfe wahlweise ein Zeugnis über die Art oder die Dauer verlangen könne [116]). Das ist unhaltbar und steht mit dem Sinn des Zeugnisses in Widerspruch. Das Zeugnis soll dem Dienstgehilfen zum Nachweis seiner Eignung beim Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle dienen, andererseits auch dem Dienstherrn ein Bild von dem Können des Bewerbers geben. Ein Zeugnis nur über die Dauer einer Tätigkeitsausübung ist also sinnlos; denn aus der Feststellung, daß der Dienstgehilfe von dann bis dann gearbeitet habe, kann diesen kein Dienstherr einstellen, da die Eignung zu der vorgesehenen Tätigkeit aus dem Zeugnis nicht hervorgeht. Das gleiche gilt bei einer Bescheinigung nur über die Art der Tätigkeit. Eine solche würde nur zu Mißtrauen bei dem Dienstherrn führen; denn wenn ein Bewerber ein Zeugnis über die „Tätigkeit als Lohnbuchhalter" vorlegt, so kann er zwei Tage oder zwei Jahre beschäftigt gewesen sein. Der Dienstherr kann also nicht feststellen, ob der Bewerber die nötige Erfahrung für seinen Betrieb mitbringt. Nach richtiger Ansicht kann ein Zeugnis nur über Art und Dauer verlangt werden [117]).

Ueber Führung und Leistung hat der Dienstherr ein Zeugnis nur dann zu erteilen, wenn der Dienstgehilfe es verlangt. Stellt der Dienstherr ohne eine derartige Aufforderung des Dienstgehilfen ein erweitertes Zeugnis aus, so kann dieser das Zeugnis zurückweisen und ein einfaches fordern [118]).

## II. Das Zeugnis im weiteren Sinne.

### 1. Allgemeines.

Das Zeugnis soll einerseits dem Fortkommen des Dienstgehilfen dienen, andererseits in seiner Aehnlichkeit mit einem Befähigungsnachweis den Dienstherrn in die Lage versetzen, die Eignung des Dienstgehilfen für den vorgesehenen Arbeitsplatz im Interesse einer produktiven Arbeit zu prüfen. Aus dieser Aufgabe des Zeugnisses folgt, daß es so lauten muß, wie es seinem doppelten Zweck

---

110) Gew. Kfm. Ger. 30, S. 354.

111) Gew. Kfm. Ger. 25, S. 186; Staudinger § 630 III 1; Staub § 73, Anm. 4; Hueck, Lehrb. I, § 49 I 5. Becker, Schl. Wes. 29, Sp. 52; a. M. Ritter § 73, 3; Lehmann-Ring § 73, 2.

112) Aehnlich Titze, S. 865.

113) Staudinger a. a. O.

114) Titze, S. 868.

115) Titze, S. 865, Ritter a. a. O.; Hueck § 49 I 5.

116) Horrwitz, S. 106; Strauß S. 63.

117) So auch Ritter, § 73, 3..

118) Oertmann, § 630, 5 a.; Planck § 630, 4 a; Staudinger § 630 III 2 a u. a. m. (herrschende Meinung)

gerecht wird. Die Ansicht, daß das Zeugnis nur so ausgestellt werden dürfe, daß das Fortkommen des Dienstgehilfen nicht behindert werde, ist unrichtig [119]). Auch darf bei Verlangen des Dienstgehilfen nach Ausstellung eines Führungs- und Leistungszeugnisses der Dienstherr ein solches nicht etwa mit der Begründung verweigern, es müsse ungünstig lauten [120]). Der oberste Grundsatz des Zeugnisses erfordert, daß es wahr ist. Bei dem Zeugnis im engeren Sinne — der Dienstbescheinigung — ergeben sich keine Schwierigkeiten, da hier nur Tatsachen zu bestätigen sind. Anders dagegen bei dem Zeugnis über Führung und Leistung, denn bei diesem hat der Dienstherr ein Urteil abzugeben, wodurch ein subjektives Moment in der Person des Dienstherrn eingeführt wird. Dementsprechend wird die Ansicht vertreten, daß das Zeugnis im weiteren Sinne nur ein subjektives Urteil des Dienstherrn enthalte; daher könne ihm auch nur ein subjektiv richtiges Urteil zugemutet werden. Erforderlich sei nur, daß es seiner wirklichen Ueberzeugung entspreche [121]). Zur Begründung dieser Ansicht wird darauf verwiesen, daß der Dienstgehilfe, der ein Leistungszeugnis verlange, sich dadurch der subjektiven Ansicht des Dienstherrn unterwerfe [122]). Nur soweit unrichtige Tatsachen bezeugt würden oder das Urteil wider besseres Wissen abgegeben sei, könne der Dienstgehilfe hiergegen angehen [123]).

Demgegenüber wird behauptet, der Dienstgehilfe habe einen Anspruch auf ein objektiv richtiges Urteil. Dieses müsse das Ergebnis der Würdigung der objektiv richtigen Tatsachen durch einen verständigen normalen Menschen sein [124]). Es sei also insoweit gegebenenfalls einer richterlichen Korrektur unterworfen [125]). Der Maßstab für die Beurteilung ergebe sich aus der Verkehrsanschauung [126]). Dieser Ansicht ist unbedingt der Vorzug zu geben. Das Zeugnis wendet sich an die Vielzahl aller als Dienstherren in Betracht kommenden Dritten und soll diesem einen Eindruck über den Dienstgehilfen vermitteln. Das Urteil im Zeugnis muß demnach so lauten, wie es bei Prüfung der objektiven Tatsachen in den Augen aller billig und gerecht denkenden Dritten sich ergeben würde [127]). Kann man allerdings über die Richtigkeit des Urteils geteilter Meinung sein, so ist die Auffassung des Dienstherrn maßgebend [128]).

Die Formulierung des Zeugnisses im einzelnen ist ausschließlich Sache des Dienstherrn [129]). Insbesondere kann der Dienstgehilfe nicht verlangen, daß das Zeugnis bestimmte Redewendungen enthalte, wie etwa, die Leistungen seien „zufriedenstellend" gewesen. Die Abfassung des Wortlauts — die zwar grundsätzlich dem Dienstherrn freisteht — muß sich den üblichen Formen anpassen; ebenso darf er nicht durch besondere Redewendungen mißverständlich sein. Die Angabe, der Dienstgehilfe habe seine Leistungen „in der heutzutage üblichen Weise" erbracht, ist daher unzulässig [130]). Dagegen ist nicht immer zu sagen, der Ausdruck, ein Dienstgehilfe habe sich „bemüht, die ihm übertragenen Arbeiten zur Zufriedenheit zu erledigen", sei unstatthaft. Bei längere Zeit angestellten Dienstgehilfen ist er allerdings unzulässig, sofern nicht die Leistungen hinter den Erwartungen zurückblieben, was in dem „sich bemühen" zum Ausdruck kommt. War dagegen der Dienstgehilfe erst kurze Zeit bei dem Dienstherrn tätig, sodaß sich dieser noch kein Urteil über die Leistungen des Dienstgehilfen bilden konnte, ist eine solche Fassung erlaubt [131]).

---

119) Anthes, Bl. f. Arbeitsrecht 32, S. 54; Franke, Sp. 514; v. Karger, S. 42.

120) RAG. 13, S. 157; JW. 34, 506.

121) RAG. JW. 33, S. 1789; Ritter § 73, 3; Planck § 630, 4 c; RGK. § 630, 4; Kaskel-Dersch § 41 II 1 c; Lehmann-Ring § 73, 2 b.

122) Kaskel-Dersch, a. a. O.; LAG. Bensh. 2, S. 182; v. Karger, S. 30.

123) LAG. Bensh. a. a. O.

124) So Staudinger § 630 III 2 f.

125) Dersch, DAR. 36, S. 72.

126) OLG. 12, S. 419 (421).

127) Oertmann, § 630 5 a; Titze, S. 866; Studinger § 630, III 2 f; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 5; Landmann-Rohmer, § 113 1 a.

128) Becker, Schl. W. 29, Sp. 53.

129) Staub, § 73, Anm. 6 und die dort zit. Rechtsprechung; Becker, Schl. W. 29, Sp. 52; Staudinger § 630 III 2 c; Franke, S. 513.

130) Gew. Kfm. Ger. 29, S. 90.

131) v. Karge, S. 31; Franke, Sp. 513, Gew. Kaufm. Ger. 21, S. 239.

## 2. Die Führung.

Unter „Führung" ist das allgemeine Verhalten im Dienstverhältnis zu verstehen, sowohl gegenüber dem Dienstherrn als auch gegenüber den Dienstkollegen [132]); es kommt also auf die mehr moralische, ethische Charakterhaltung, wie Benehmen, Treue, Fleiß, Pünktlichkeit usw. an. Dabei darf grundsätzlich nur die Führung im Dienst in Betracht gezogen werden; außerdienstliches Verhalten ist nur insoweit zu berücksichtigen, als es auf die Führung im Dienst Einfluß gehabt hat [133]).

Das Führungszeugnis soll ein zusammenfassendes Durchschnittsurteil enthalten. Daraus ergibt sich, daß vereinzelte kleine, ärgerliche Vorkommnisse überhaupt nicht, wenigstens nicht ausdrücklich erwähnt werden dürfen. Grobe Verfehlungen, die auf das Verhältnis der Beteiligten von Einfluß waren, dürfen im Zeugnis mitgeteilt werden [134]); sie müssen sogar berücksichtigt werden, um das wahrheitsgemäße Gesamtbild des Dienstgehilfen im Allgemeininteresse zu erhalten [135]). Das gleiche gilt für etwaige von dem Dienstgehilfen begangene strafbare Handlungen, soweit sie auf das Dienstverhältnis Bezug haben. Ob dagegen der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung erwähnt werden darf, richtet sich nach der Art und dem Inhalt des Dienstverhältnisses. Man wird hierbei die vom RAG und der Wissenschaft zur Frage der fristlosen Entlassung wegen eines wichtigen Grundes aufgestellten Grundsätze heranziehen können. Danach genügt als wichtiger Grund der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung im allgemeinen nicht [136]). Es kann sich aber nach Art und Inhalt des Dienstverhältnisses etwas anderes ergeben, derart, daß der Dienstgehilfe die Pflicht zum Nachweis hat, daß eine strafbare Handlung von ihm nicht begangen wurde; so etwa bei einem Kassierer für den Fall, daß Geldbeträge verschwunden sind. Hier hat der Dienstgehilfe nach dem Inhalt des Dienstverhältnisses eine Pflicht zur Aufklärung, auf welchen Umständen die Unregelmäßigkeiten beruhen. Liegt daher der Verdacht einer strafbaren Handlung auf ihm, so hat er die Haltlosigkeit des Vorwurfs darzulegen — was in seiner Risikosphäre liegt —, nicht braucht der Dienstherr die Tatsache der begangenen strafbaren Handlung zu beweisen; gelingt es dem Dienstgehilfen nicht, den Entlastungsbeweis zu führen, so kann er fristlos entlassen werden, da dem Dienstherrn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses wegen des erschütterten Vertrauens nicht länger zugemutet werden kann [137]). Diese von der Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze müssen auch für die Frage nach der Mitteilung des Verdachts strafbarer Handlungen im Zeugnis gelten. Hat der Dienstgehilfe eine Stellung bekleidet, bei der es in seiner Risikosphäre liegt, Unregelmäßigkeiten zu verhindern und vorgekommene zu klären, so muß er nachweisen, daß der auf ihm ruhende Verdacht einer strafbaren Handlung nicht berechtigt ist. Führt er diesen Nachweis nicht, so spricht diese Tatsache gegen seine Eignung für die bekleidete Stellung und ist im Zeugnis zu erwähnen.

In den übrigen Fällen darf jedoch ein bloßer Verdacht nicht berücksichtigt werden, denn die ungewisse Lage soll dann nicht zum Nachteil des Dienstgehilfen ausschlagen [138]). Dagegen ist andererseits dem Dienstherrn auch hierbei nicht etwa zuzumuten, dem Dienstgehilfen ausdrücklich „Ehrlichkeit" zu bescheinigen, falls er begründeten Verdacht hat, daß das Gegenteil der Fall ist [139]). Auch wenn der Dienstgehilfe in einem Strafverfahren wegen Mangel an Beweisen freigesprochen wurde, ist der Dienstherr nicht verpflichtet, Ehrlichkeit zu bescheinigen [140]).

---

132) So mit Recht v. Karger, S. 32; a. A. Gew. Kfm. Ger. 21, S. 40.

133) RGK. § 630, 4; Planck, § 630, 4 b; Staudinger § 630 III 2 d; Staub § 73, Anm. 4 u. herrschende Meinung.

134) Gew. Kfm. Ger. 10, S. 161.

135) LAG. Bensh. 2, S. 149; Franke, Sp. 515; Gros, S. 25.

136) RAG. Bensh. 10, S. 156; 13, S. 489; 15, S. 570; LAG. ArbRSamml. 21, S. 99, Hueck Lehrb. I, S. 335.

137) So für einen Fördermaschinisten, der den Verdacht eines von ihm begangenen Sabotageaktes nicht entkräften konnte, RAG. Bensh. 25, S. 121; oder für einen Kassierer, der den Nachweis für verschwundene Gelder nicht führen konnte, RAG. Bensh. 21, S. 145.

138) So auch RGK., § 630, 4; Staub, § 73, Anm. 4; Becker, DAR. 34, S. 271; RAG. Bensh. 4, S. 166; ArbRspr. 29, S. 33; a. A. RAG. in HRR. 36, Nr. 470.

139) So mit Recht Franke, Sp. 514; v. Karger, S. 32.

140) Ebenso Becker, Schl. W. 29, Sp. 52; Staub, § 73, Anm. 4; Horrwitz, § 24, 4; v. Karger, S. 31.

Wann im Einzelfall Ehrlichkeit überhaupt zu bestätigen ist, richtet sich nach der Verkehrssitte. Bei einem Inkassoboten etwa, oder einer Hausangestellten ist das unbedingt erforderlich; dagegen würde eine dahingehende Angabe bei einem leitenden Angestellten nur befremdlich wirken und muß daher sogar als unzulässig bezeichnet werden [141]. Das Gleiche gilt für die Erwähnung sonstiger Eigenschaften, wie Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit usw.

### 3. Leistungen.

Leistung bedeutet die Güte und Menge der geleisteten Dienste, aus der sich die berufliche Verwendbarkeit des Dienstgehilfen an der betreffenden Arbeitsstelle ergibt. Auch hier ist wieder wie bei der Führung von dem Dienstherrn ein zusammenfassendes Urteil abzugeben. Einzelne Nachlässigkeiten, sowie vereinzelte Spitzenleistungen sind nicht zu erwähnen, sofern sie nicht auf die Gesamtbeurteilung bestimmenden Einfluß haben. Ist die Leistung des Dienstgehilfen anfangs schlecht gewesen, später jedoch besser geworden, so ist die anfänglich schlechte Leistung nicht im Zeugnis zu berücksichtigen. Ein gegenteiliges Verhalten würde nur dem Dienstgehilfen schaden, dagegen dem neuen Dienstherrn nichts nützen, dem es nur auf den augenblicklichen Stand der Leistungen ankommen kann. Verschlechtert der Dienstgehilfe dagegen seine Leistungen zum Ende der Dienstzeit, so kann das unbedenklich erwähnt werden, da für den neuen Dienstherrn diese Tatsache von Bedeutung sein kann [142]. Die gegenteilige Ansicht des Kaufmannsgerichts Charlottenburg [143], wonach die Angabe, die Dienste hätten zuletzt nachgelassen, unzulässig sei, weil sich alsdann diese Angabe vermutlich in allen Zeugnissen finden würde, weist v. Karger mit Recht zurück; dadurch würde dem Dienstgehilfen, der sich in gekündigter Stellung befände, das Recht zugesprochen, nach der Kündigung in seinen Leistungen nachlässig zu werden [144].

### 4. Sonstige Angaben im erweiterten Zeugnis.

Alle Angaben, die sich nicht mittelbar oder unmittelbar auf die Führung oder die Leistungen beziehen, sind unstatthaft. Mit dieser Generalklausel lassen sich alle Einzelfälle lösen.

Der Entlassungsgrund ist demnach nur zu erwähnen, wenn er in mangelhafter Führung oder Leistung bestand, da eine solche Angabe das Bild des Dienstgehilfen ergänzt. In diesem Falle wird aber der Dienstherr verpflichtet sein, die tatsächlichen Vorgänge anzugeben, auf Grund deren die Entlassung erfolgte, nicht bloß stichwortartige Bemerkungen, wie z. B. „wegen Ungehorsams" oder „wegen Nachlässigkeit". Zu bedenken ist jedoch stets, daß überhaupt einzelne ärgerliche Vorfälle in den Hintergrund zu treten haben, die nicht Erscheinungsformen von Eigenschaften des Dienstgehilfen sind, die für die Führung oder Leistung von Bedeutung sind. Der Dienstgehilfe, der lange Zeit seinem Dienstherrn die Treue gehalten hat, kann wohl erwarten, daß einzelne und kleinere Verfehlungen bei der Entlassung vergessen werden [145].

Die Angabe, welcher der beiden Beteiligten das Dienstverhältnis gekündigt hat würde grundsätzlich nicht in das Zeugnis gehören, denn diese Tatsache hat mit Führung oder Leistung nichts zu tun. Daher wird die Meinung vertreten, der Dienstgehilfe könne nicht die Bescheinigung verlangen, er habe seine Stellung „auf eigenen Wunsch" verlassen [146]. Dem ist entgegenzuhalten, daß diese Angabe häufig verkehrsüblich geworden ist (z. B. bei Hausgehilfinnen). Ihr Fehlen würde dem Dienstgehilfen in ungünstigem Sinne ausgelegt werden und den Verdacht erwecken, er sei im Unfrieden von dem Dienstherrn entlassen worden. Da die objek-

141) Ebenso Becker, Schl. W. 29, Sp. 52; Staub, § 73, Anm. 4; Horrwitz, § 24, 4; v. Karger, S. 31.
142) So auch Becker, Schl. Wes. 29, S. 52.
143) Gew. Kfm. Ger. 24, S. 61.
144) v. Karger, S. 30.
145) LAG. Dortmund, JW. 36, S. 2766.
146) Planck, § 630, 4 d; Staub, § 73, Anm. 4; Ritter, § 73, 4; Becker, Schl. W. 29, Sp. 53. Franke, Sp. 516.

tive Auslegung von — positiven wie negativen — Erklärungen maßgebend ist, wird man also dem Dienstgehilfen einen Anspruch auf einen derartigen Zusatz in den Fällen zubilligen müssen, in denen solche Angabe verkehrsüblich ist[147]).

Ist der Dienstherr im Klagewege zur Ausstellung eines Zeugnisses verurteilt worden, so darf er diese Tatsache im Zeugnis nicht erwähnen. Zusätze wie: „ausgestellt auf Grund des Urteils…“ u. ä. sind verboten, da sie sich nicht auf Führung oder Leistung beziehen[148]). Ritter[149]) meint dagegen, der Dienstherr, der trotz des Urteils nicht überzeugt sei, dürfe auf dieses verweisen, „da ihm nicht zugemutet werden könne, zu lügen.“ Durch eine derartige Angabe würde aber dem Dienstgehilfen nur geschadet, da der Leser mißtrauisch werden müßte. Die Meinung des Dienstherrn ist bei einer erfolgten Verurteilung auch nebensächlich geworden, da durch das Urteil die Meinung „aller billig und gerecht Denkenden“ zutage tritt, was allein maßgeblich ist.

Diese Beispiele aus einer Fülle von Einzelfragen zeigen, daß die richtige Lösung stets gefunden wird bei Berücksichtigung nur der Tatsachen, die auf Führung und Leistung entscheidenden Einfluß hatten.

### 5. Zeugnis über Leistung oder Führung?

Bestritten ist die Frage, ob der Dienstgehilfe wahlweise ein Zeugnis nur über die Leistung oder nur über die Führung verlangen könne. Richtig ist, daß der Wortlaut des Gesetzes hierfür keinen Anhaltspunkt gibt[150]), denn hätte der Gesetzgeber geschrieben „Führung oder Leistung“, so ergäbe sich daraus, daß beides zugleich nicht gefordert werden könne. Das OLG Dresden[151]) verweist auf die Entstehungsgeschichte des § 113 GewO, der das Vorbild des § 630 BGB war[152]). Dort sind durch die Novelle vom 1. Juni 1891 die Worte „und ihre Leistungen“ zu der ursprünglichen Fassung, wonach lediglich ein Zeugnis über die Führung zu verlangen war, hinzugekommen. Der Dienstgehilfe sollte nach Ansicht des OLG hierdurch nicht schlechter gestellt werden; er könne das eine oder das andere verlangen, um einer nicht durchweg günstigen Bewertung aus dem Wege zu gehen. Diese Beweisführung kann nicht als richtig anerkannt werden. Zunächst mag eine theoretische Trennung von Führung und Leistung, wie sie Franke[153]) und das OLG Dresden bringen, wohl möglich sein; praktisch aber stehen sie in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis, und ihre Grenzen verschwimmen so stark, daß eine Trennung nicht möglich erscheint. Man denke nur an alle Dienstverhältnisse, bei denen der persönliche Eindruck bei Ableistung der Dienste besonders hervortreten muß, wie z. B. beim Verkäufer, Reisenden, Diener, Schofför u. a. m. Außerdem aber können die Belange des Dienstgehilfen allein nicht maßgeblich sein. Das Zeugnis mit seinem Charakter eines Befähigungsnachweises muß in erster Linie w a h r[154]) sein, nicht nur um den Dienstgehilfen zu schützen, sondern auch um dem neuen Dienstherrn ein klares Bild zu verschaffen. Das würde aber nicht der Fall sein, wenn der Dienstgehilfe nur die ihm günstigste Auskunft wählen dürfte. Wenn schließlich das OLG[155]) darauf verweist, daß der sorgsame Leser eine entsprechende Auslassung leicht bemerken und Erkundigungen über den fehlenden Punkt einholen wird, so ergibt sich daraus vollends die Unhaltbarkeit des angeführten Standpunktes. Erstens soll das Zeugnis keine Rätsel enthalten, die nur der „aufmerksame“ Leser zu entdecken vermag; zweitens würde das bei dem Dienstherrn wachgerufene Mißtrauen in den weitaus meisten Fällen nur bewirken, daß dieser nicht erst Erkundigungen einzieht, sondern einen anderen ihm genehmeren Dienstgehilfen

147) So mit Recht Titze, S. 866/67.

148) Staub, § 73, 4; Hueck Lehrb. I, § 49, I, Anm. 22; LAG. Bensh. 1, S. 160.

149) a. a. O., § 73, 4.

150) Vgl. auch Franke, Sp. 511.

151) OLG. 17, S. 414.

152) Daß auch hier zwischen den einzelnen Zeugnissen kein Unterschied gemacht werden kann, bedarf keiner Erwähnung.

153) a. a. O., Sp. 511.

154) Wahr ist es aber nur, wenn es vollständig ist.

155) a. a. O., S. 415.

einstellt. Das wahlweise Verlangen von Führung oder Leistung im Zeugnis würde daher dem Dienstgehilfen mehr schaden als nützen. Der Dienstgehilfe kann daher stets nur ein Zeugnis über Führung und Leistung zusammen fordern [156]).

#### 6. Verbot besonderer Merkmale.

Nach § 113 III GewO und § 84 Pr. Berggeſ. ist den Arbeitgebern untersagt, „die Zeugnisse mit Merkmalen zu versehen, welche den Zweck haben, den Arbeiter in einer aus dem Wortlaut des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen." Die übrigen Zeugnisbestimmungen weisen eine derartige Vorschrift nicht auf. §§ 113 III GewO und 84 Pr. Berggeſ. enthalten aber einen Grundsatz, der auch ohne ausdrückliche Bestimmung Geltung haben würde. Die Erteilung des Zeugnisses folgt aus dem Treuverhältnis. Dieser Treue aber würde es widersprechen, wollte der Dienstherr dem Dienstgehilfen ein Zeugnis aushändigen, das diesen einer geheimen Kennzeichnung aussetzt, die ihn in seinem Fortkommen behindert. Andererseits wendet sich das Zeugnis in seiner Eigenschaft eines Befähigungsnachweises an die unübersehbare Vielzahl der späteren Dienstherren. Daraus ergibt sich, daß das Zeugnis auch allein diesen gleichmäßig verständlich sein muß und nicht einigen Eingeweihten besondere Hinweise geben darf. Das Verbot der besonderen Merkmale gilt also für alle Zeugnisbestimmungen [157]).

Als besondere Merkmale gelten nicht solche Fachausdrücke, die in bestimmten Kreisen dazu dienen, eine Befähigung des Dienstgehilfen auszudrücken, wenn selbst diese Ausdrücke der Allgemeinheit unverständlich sind. Hier liegt auch keine „geheime" Kennzeichnung vor, sondern diese ergibt sich aus dem Wortlaut des Zeugnisses. Andererseits dürfen sonst zulässige Angaben ebenfalls nicht „geheim" mitgeteilt werden.

Die Merkmale können auch negativer Art sein, so z. B. in der Weglassung sonst allgemein üblicher Zusätze, sofern sich nur hieraus für Eingeweihte eine besondere Kennzeichnung ergibt [158]), oder auch in der Nichtverwendung sonst gebräuchlicher Formulare [159]).

## F. Berichtigung des Zeugnisses.

### I. Anspruch des Dienstgehilfen.

Der Dienstherr ist zur Erteilung eines richtigen Zeugnisses verpflichtet. Ein „richtiges" Zeugnis, mit dem sich der Dienstgehilfe zufrieden geben muß, liegt dann vor, wenn es so lautet, wie es sich bei Beurteilung der objektiven, richtigen Tatsachen in den Augen aller billig und gerecht denkenden Dritten darstellen würde [160]). Ergibt sich bei der Prüfung durch den Richter, daß man über das abzugebende Urteil geteilter Meinung sein kann, so kann sich das Gericht nicht über die persönliche Meinung des Dienstherrn hinwegsetzen; es hat vielmehr dessen Urteil zu achten.

In diesen Grenzen hat der Dienstgehilfe einen „Berichtigungs"-Anspruch, der sich als ein Anspruch auf Erfüllung der aus dem Treuverhältnis hervorgegangenen Zeugnispflicht des Dienstherrn darstellt. Erteilt der Dienstherr ein unrichtiges Zeugnis, so ist er seiner Verpflichtung aus dem Treuverhältnis nicht nachgekommen [161]). Die Voraussetzungen, aus denen sich die Unrichtigkeit ergibt, muß der Dienstgehilfe beweisen; nicht kann dem Dienstherrn der Nachweis der Richtigkeit zu-

156) Ebenso v. Karger, S. 25; Planck, § 630, 4 b; Staub, § 73, Anm. 4; Ritter, § 73, 4; Hueck, Lehrb. I, § 49. I 5; RAG 15. S. 314. JW. 36, S. 524; Titze S. 868; a. A. Oertmann, § 630, I; Staudinger, § 630 III, 2 b; RGR. § 630, 4; Lehmann-Ring, § 73, 2; Makower, § 73, II c, 1; Landmann-Rohmer, § 113, 3; Franke, Sp. 511; OLG. 17, 414; RG. JW. 97,, S. 350; KG. im Bl. f. Rpfl. 1902, S. 28.

157) Staudinger, § 630, III, 5; Staub, § 73, Anm. 4; Titze, S. 869; v. Karger, S. 35; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 5.

158) v. Karger, S. 34; Landmann-Rohmer, § 113, 4; Baum Nr. 412; u. A. KG in SozPrax., Bd. 9, S. 1085; Baum Nr. 413.

159) Baum Nr. 409; Landmann-Rohmer, § 113, 4.

160) Vgl. die Ausführungen S. 28 flg. der Arbeit.

161) Im Ergebnis ebenso Titze, S. 869.

gemutet werden [162]). Wird der Dienstherr verurteilt, so liegt die „Berichtigung" regelmäßig in der Ausstellung eines neuen Zeugnisses, da Verbesserungen des alten Zeugnisses im Text unzulässig sind [163]) und Zusätze nur dem Leser zeigen würden, daß über den Inhalt Streit geherrscht hat, wodurch Mißtrauen wachgerufen und dem Dienstgehilfen das Fortkommen erschwert würde [164]).

Der Anspruch auf Neuausstellung erlischt unter denselben Voraussetzungen wie der Anspruch auf Zeugniserteilung überhaupt, denn er ist diesem identisch. Der Zeitpunkt seines Erlöschens richtet sich nach der von dem Dienstherrn zu fordernden Treupflicht, die ihrerseits von der Dauer der Tätigkeit des Dienstgehilfen abhängt. Aus dem Erfordernis, daß das Zeugnis wahr sein muß, folgt, daß der Dienstherr im Falle der Neuausstellung Tatsachen berücksichtigen kann, die ihm bisher unbekannt geblieben waren, und daß er dementsprechend vom alten Inhalt abweichen kann, auch wenn sich die Beanstandung des Dienstgehilfen auf diesen Punkt nicht bezogen hat [165]).

## II. Anspruch des Dienstherrn.

Der Dienstherr ist zur Ausstellung eines richtigen Zeugnisses verpflichtet, aber nicht nur gegenüber dem Dienstgehilfen, sondern auch gegenüber der Allgemeinheit. Er trägt die Verantwortung, daß der „Befähigungsnachweis", den er erteilt, und der einer Vielzahl von späteren Dienstherren zugänglich werden kann, objektiv weitgehend einer Normalwürdigung entspricht. Aus diesem Gedanken ergibt sich auch hier wieder die Beantwortung der Frage, wann der Dienstherr ein zu günstig ausgestelltes Zeugnis zurückfordern kann [166]).

Zunächst haben hier die gleichen Grundsätze zu gelten, die bei dem Berichtigungsanspruch des Dienstgehilfen dargelegt worden sind. Es müssen also Tatsachen vorliegen, die eine wesentlich andere Beurteilung des Dienstgehilfen rechtfertigen, als diejenige, welche von dem Dienstherrn vorgenommen wurde. Unter diesen Voraussetzungen kann grundsätzlich an einem Rückforderungsrecht des Dienstherrn nicht gezweifelt werden [167]). Unverständlich erscheint daher der Standpunkt des OLG Dresden, das einen Berichtigungsanspruch des Dienstherrn ablehnt, weil der Dienstherr, der nachträglich einen Irrtum erkenne, für Schäden gegenüber den auf das Zeugnis vertrauenden Dritten nicht aufzukommen brauche, denn im Zeitpunkt der Aushändigung liege kein Verschulden vor; eine Verpflichtung, solche Tatsachen zur Kenntnis Dritter zu bringen, lägen ihm nicht ob. Dagegen könne das Interesse des Dienstgehilfen beeinträchtigt werden. Das Urteil hat schon früher weitgehenden Widerspruch erfahren. Bei Betrachtung des Zeugnisses als einer Einrichtung, die ihre eigentliche Aufgabe als ein Befähigungsnachweis im Verkehr mit Dritten derart erfüllen muß, daß sie dem Dienstgehilfen einen ihm zukommenden Arbeitsplatz verschafft, ist das Urteil des OLG unhaltbar. Der Dienstherr ist gegenüber der Allgemeinheit verpflichtet, ein richtiges Zeugnis auszustellen; demgegenüber haben die Interessen des Dienstgehilfen zurückzutreten, zumal ersichtlich ein rechtlich schutzwürdiges Interesse nicht vorliegen kann.

Der Literatur und Rechtsprechung hat stets die Schaffung einer annehmbaren Anspruchsgrundlage für diesen Berichtigungsanspruch Schwierigkeiten bereitet. Eine Anfechtung einer in dem Zeugnis zum Ausdruck gekommenen Willenserklärung ist unmöglich, denn das Zeugnis enthält keine solche [168]). Eine Willenserklärung ist ein menschliches Verhalten, aus dem ein Privatrechtserfolg deshalb eintritt, weil er gewollt ist. Daß die in dem Zeugnis niedergeschriebenen

---

162) Staud. § 630, III, 8; Staub, § 73, Anm. 6; OLG 5, S. 269; 28, S. 188; 33, S. 334.
163) Vgl. S. 25 der Arbeit.
164) So herrschende Meinung, Staud. § 630, III, 6, a; Ritter, § 73, 5; Staub, § 73, Anm. 6; Titze, S. 869, Anm. 34; Landmann-Rohmer, § 113, 3; v. Karger, S. 37.
165) OLG 9, S. 251; Staub § 73, Anm. 6; Planck § 630, 4 c.
166) Dem Verlangen nach Zurückgabe eines zu ungünstigen Zeugnisses wird der Dienstgehilfe ohnehin stets entsprechen.
167) So auch Anthes, S. 159; Titze, S. 870; Ritter § 73, 5; Lehmann-Ring § 73, 2; Makower § 73, II, c, 2; Staub § 73, Anm. 6; Staudinger § 630, III, 7; Hueck Lehrb. I, § 49, I, 6; Planck, § 630, 4, a.
168) Staudinger, § 630, V, 1.

Bekundungen nicht auf Eintritt eines Privatrechtserfolges gerichtet sind, also mit einer Willenserklärung nichts zu tun haben, bedarf keiner näheren Darlegung.

Titze [169]) will das zu günstig ausgestellte Zeugnis als ein Indebitum behandeln — da der Dienstgehilfe in Wirklichkeit nur auf ein schlechteres Zeugnis Anspruch hatte — und „gewissermaßen" als ungerechtfertigte Bereicherung kondizieren. Daß die §§ 812 ff. unmittelbar Anwendung finden könnten, hält Titze mit Recht für ausgeschlossen. Aber auch eine analoge Anwendung der Bereicherungsvorschriften ist nicht möglich, denn diese sind typische Bestimmungen des vermögensrechtlichen Verfügungsverkehrs, der Zeugnisanspruch dagegen ist ein personenrechtlicher Anspruch aus dem Treuverhältnis, ohne den Charakter einer Vermögensverschiebung.

Anthes [170]) unterscheidet zunächst zwischen bewußt und unbewußt falscher Ausstellung. Bei unbewußt falscher Ausstellung gibt er als Grundlage für die Rückforderung Ansprüche aus Eigentum, Schadensersatz und ungerechtfertigter Bereicherung. Was den Anspruch aus § 985 BGB anlangt, so geht dieser nur auf das corpus Papier, auf dem das Zeugnis verbrieft ist. An diesem corpus Papier aber ist dem Dienstherrn gar nichts gelegen, sondern er will die im Zeugnis abgegebenen Erklärungen zurückerhalten. Genau so wenig, wie etwa eine abgegebene Auflassungserklärung vindiziert werden kann, erscheint auch hier die Anwendbarkeit des § 985 BGB begrifflich nicht möglich. Anthes leitet weiter den Rückgabeanspruch aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen her; eine solche liegt seiner Meinung nach in den vom Dienstgehilfen begangenen und dem Dienstherrn unbekannt gebliebenen Verfehlungen. Der entstandene Schaden liege darin, daß der Dienstgehilfe die Erklärungen des Dienstherrn zur Bekräftigung unwahrer Behauptungen benutzen könne. Das sei ein ideeller Schaden, der durch Naturalrestitution beseitigt werden müsse. Selbst wenn man die Erteilung eines unrichtigen Zeugnisses als ideellen Schaden auffassen will — was zweifelhaft, zumindest stark gekünstelt erscheint —, so dürfte doch der Dienstgehilfe nicht schuldhaft in bezug auf die Ausstellung des Zeugnisses, sondern nur bezüglich der begangenen Verfehlung gehandelt haben. Wenn ihn aber kein Verschulden trifft, ist er auch nicht schadensersatzpflichtig.

Was schließlich die Bereicherungsansprüche anlangt, so ist deren unmittelbare Anwendung — wie oben dargelegt — wegen ihres vermögensrechtlichen Charakters nicht möglich. Zusammenfassend ist demnach festzustellen, daß auch hier diese BGB-Vorschriften wegen ihres vermögensrechtlichen Zuschnitts auf den personenrechtlichen Zeugnisanspruch nicht passen.

Dennoch läßt sich ohne Schwierigkeiten durch die in Wissenschaft und Rechtsprechung geschaffenen allgemeinen Grundsätze eine Anspruchsgrundlage finden. Nur muß davon ausgegangen werden, daß das Zeugnis sich nicht in den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Dienstverhältnisses erschöpft, sondern seine überragende Bedeutung in seiner Eigenschaft als Befähigungsnachweis erhält. Hat der Dienstherr ein falsches Zeugnis ausgestellt, so ist die Vielzahl späterer in Betracht kommender Dienstherren gefährdet, im Vertrauen auf die Richtigkeit des Zeugnisses Schaden zu erleiden — wenn sie z. B. den Dienstgehilfen an einen Vertrauensposten stellen, während dieser Unterschlagungen oder sonstige Verfehlungen begangen hat. Der Dienstherr, der nachträglich die Unrichtigkeit des von ihm erteilten Zeugnisses erfährt, würde sich schadensersatzpflichtig machen; das schadenstiftende Ereignis wäre hier die schuldhafte Unterlassung der Berichtigung. Eine Unterlassung ist nur dann rechtwidrig, wenn die unterlassene Handlung durch eine Rechtspflicht geboten war. Bei der Betrachtung des Dienstzeugnisses als einem Befähigungsnachweis gegenüber der Allgemeinheit, insbesondere den späteren Dienstherren, läßt sich diese Rechtspflicht zum Handeln aus der Bedeutung des Dienstverhältnisses für die Volksgemeinschaft begründen. Jedes Dienstverhältnis dient dem Volksganzen, wenn produktive Arbeit geleistet wird; um das zu erreichen, muß der Dienstherr vor Fehlschlägen durch ungeeignete Arbeitskräfte bewahrt werden. Die Zeugnisse, auf Grund deren der Dienstherr die Auswahl und Einstellung der Arbeitskräfte vornehmen soll, müssen daher wahr sein. Ihre

169) a. a. O., S. 870.
170) a. a. O., S. 160.

unrichtige Ausstellung begründet gegenüber jedem aus der Vielzahl späterer Dienstherren eine Rechtspflicht zur Berichtigung, deren Unterlassung widerrechtlich ist und zum Schadensersatz verpflichtet, falls jemandem durch die Falschausstellung ein solcher entsteht. Wenn der Dienstherr aber verpflichtet ist, Schadensersatz zu leisten, ist er nach ständiger Rechtsprechung des RG auch verpflichtet, den Eintritt drohenden Schadens zu verhüten[171]). Und ist der Dienstherr schließlich verpflichtet, den Eintritt von Schaden zu verhüten, wieviel mehr ist er dazu berechtigt. Der Dienstgehilfe ist also gehalten, dem Dienstherrn zum Zwecke der Beseitigung einer Gefahrenquelle das Zeugnis herauszugeben. Nach diesen Ausführungen ergibt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob der Dienstherr bewußt oder unbewußt ein falsches Zeugnis erteilt hat. Auch bei bewußt falscher Zeugniserteilung kann der Dienstherr das Zeugnis zurückfordern; denn er erfüllt damit eine ihm gegenüber der Allgemeinheit obliegende Pflicht.

## G. Die Durchsetzung des Zeugnisanspuchs.

### I. Allgemeines.

Kommt der Dienstherr seiner Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses nicht nach, so kann der Dienstgehilfe seinen Anspruch im Klagewege durchsetzen. Der Zeugnisanspruch ist ein privatrechtlicher Anspruch aus dem Treuverhältnis, der sich also als eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG darstellt, so daß für die Klage auf Zeugniserteilung der ordentliche Rechtsweg zulässig ist.

### II. Der Klageantrag bei Zeugnisverweigerung.

Klagt der Dienstgehilfe auf Ausstellung eines Zeugnisses, so kann zweifelhaft sein, ob der Klageantrag auf Verurteilung zur Ausstellung eines Zeugnisses schlechthin oder zur Ausstellung eines bestimmt formulierten Zeugnisses zu lauten hat. Aus der Feststellung, daß die Formulierung des Zeugnisses grundsätzlich Sache des Dienstherrn ist, ergibt sich die Unzulässigkeit eines Antrags, den Dienstherrn zur Ausstellung eines Zeugnisses mit vorgeschriebenem Text zu verurteilen.

### III. Der Antrag der Berichtigungsklage.

Hat der Dienstherr zwar ein Zeugnis ausgestellt, ist jedoch der Dienstgehilfe nicht damit zufrieden, weil entweder die Form des Zeugnisses nicht den billigerweise zu stellenden Anforderungen entspricht oder der Inhalt Unrichtigkeiten, unzulässige Merkmale oder sonstige Mängel aufweist, so kann der Dienstgehilfe auf Berichtigung (bzw. Neuausstellung) klagen. Will man hier nicht zu einer Vielzahl von Prozessen kommen, so muß eine genaue Formulierung des Klageantrags dahin verlangt werden, welche Form das Zeugnis haben solle, welche Sätze weggelassen oder hinzugefügt werden sollen usw. Das Urteil — sofern es der Klage stattgibt — hat hier den genauen Wortlaut des neuen Zeugnisses vorzuschreiben, denn jede weitere in das Ermessen des Dienstherrn gestellte Freiheit in der Formulierung würde nur zu neuen Streitigkeiten Anlaß geben[172]). Zwar meint Bendix[173]), ein solches Verfahren sei unzulässig. Das Gericht könne den Dienstherrn nur verurteilen, seine Ueberzeugung zu bekunden, müsse für diese also Spielraum lassen; denn die rechtskräftige Verurteilung zur Ausstellung eines bestimmt formulierten Zeugnisses verbiete noch nicht die Aufnahme von Zusätzen, die sich mit dem vorgeschriebenen Zeugnisinhalt in Widerspruch setzen. Diese Auffassung

---

171) Mit dieser Argumentation begründet das RG die vorbeugende Unterlassungsklage aus § 823 BGB. RKG, Vorbemerkungen zu § 823, 6, III; RGZ 101, S. 339 (340).
172) Aehnlich Titze, S. 869; Landmann-Rohmer § 113, 3; Marcus, S. 610.
173) a. a. O., S. 109.

stellt zu sehr auf die subjektive Seite bei der Ausstellung eines Zeugnisses ab. Hat der Dienstherr einmal ein Zeugnis ausgestellt, und entspricht das von ihm abgebene Urteil nicht einem solchen, wie es bei Zugrundelegung der objektiv richtigen Tatsachen von einem normalen Menschen zu fällen wäre, so nimmt an seiner Stelle das objektiv urteilende Gericht die Beurteilung für den Dienstherrn vor. Da das Zeugnis seinen Zweck aber nur erfüllt, wenn es äußerlich ergibt, daß der Dienstherr es ausgestellt hat, so liegt die Erteilung nach wie vor diesem ob. Nimmt er hierbei außer dem im Urteil vorgeschriebenen Text Zusätze auf, die sich mit dem Urteil in Widerspruch setzen, so ist er dem Urteil nicht nachgekommen und kann im Wege der Zwangsvollstreckung hierzu angehalten werden.

## IV. Zwangsvollstreckung.

Der zur Ausstellung bzw. Berichtigung eines Zeugnisses in Anspruch genommene Dienstherr wird nicht — wie Kaskel [174]) meint — zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt. Das Zeugnis enthält, wie schon festgestellt wurde, keine Willenserklärung. Anderenfalls würde mit Rechtskraft des Urteils die Erklärung gemäß § 894 ZPO als abgegeben gelten. Außer den rechtlichen Bedenken käme dann noch hinzu, daß dem Dienstgehilfen damit nicht geholfen wäre, da ein Zeugnis, aus dem die Tatsache eines Prozesses hervorgeht, dem Dienstgehilfen nur schaden würde [175]). Der Dienstherr hat vielmehr ein Zeugnis zu erteilen, aus dem sich die erzwungene Ausstellung nicht ergibt. Nur der Dienstherr kann diese Handlung vornehmen, kein Dritter [176]). Die Zwangsvollstreckung hat daher nach der Vorschrift des § 888 ZPO zu erfolgen, d. h. das Prozeßgericht I. Instanz hat auf Antrag des Dienstgehilfen den Dienstherrn zur Ausstellung des Zeugnisses durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten [177]).

In der Literatur wird vielfach die Ansicht vertreten, § 888 ZPO sei durch § 61 IV ArbGG v. 23. 12. 1926 schlechthin ausgeschlossen worden. § 61 IV bestimmt im Satz 1, daß im Falle der Verurteilung zur Vornahme einer Handlung auf Antrag des Klägers der Beklagte für den Fall, daß er binnen einer zu bestimmenden Frist die Handlung nicht vornimmt, zur Zahlung einer Entschädigung zu verurteilen ist. Satz 2 der genannten Vorschrift bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887, 888 ZPO ausgeschlossen ist. Die in § 61 IV enthaltene Bestimmung ist aus dem § 51 II GGG übernommen worden, der auch dem schon 1909 in die ZPO eingefügten § 510 b als Vorbild diente. § 51 II GGG bestimmte ausdrücklich, daß die Zwangsvollstreckung nur „in diesem Falle“, d. h. bei Festsetzung einer zu zahlenden Entschädigung im Urteil ausgeschlossen sein sollte. Das Gleiche ergibt sich aus § 888 a ZPO für § 510 b ZPO. § 61 IV ArbGG enthält diese Worte nicht mehr. Man hat hieraus geschlossen, daß der Gesetzgeber mit der Fortlassung der Worte „in diesem Fall“ etwas bezweckt habe, da sie sonst unverständlich sei [178]); dieser Zweck könne nur sein, daß die Zwangsvollstreckung nach den §§ 887, 888 ZPO schlechthin immer ausgeschlossen sein solle, gleichgültig, ob die Festsetzung einer Entschädigung im Urteil erfolgt sei oder nicht. Diese Auffassung führt zu unbilligen Ergebnissen. Wenn der klagende Dienstgehilfe es unterlassen hat, einen entsprechenden Antrag bei der Verurteilung zu stellen, und der Dienstherr kommt dem Urteil nicht nach, hat der Dienstgehilfe hier lediglich die Möglichkeit, über § 893 ZPO auf Schadensersatz zu klagen. Hierbei wird es stets schwierig sein, den ursächlichen Zusammenhang zwischen Nichterteilung des Zeugnisses und Nichterlangung eines anderen Arbeitsplatzes nachzuweisen, worauf v. Karger mit Recht hinweist [179]); und schließlich nutzt sogar ein obsiegendes Urteil dem Dienstgehilfen nichts, wenn der Dienstherr keine Vermögenswerte besitzt, in die eine Zwangsvollstreckung stattfinden könnte. Ein solches Ergebnis kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein; sollte aber, wie Baumbach [180]) meint, das Gesetz mangelhaft

174) a. a. O., S. 31, Anm. 2.
175) Vgl. S. 33 der Arbeit.
176) LAG. Berlin, in: Rechtspr. i. Arb. Sachen, Bd. 1, S. 175.
177) Staub § 73, Anm. 7; Becker, Dt. Arb. Recht 34, S. 272; Franke, S. 507.
178) v. Karger, JW 27, S. 2361.
179) a. a. O., S. 2361.
180) ZPO, § 510 b, 11.

gefaßt sein, so ist nicht an dem Wortlaut zu haften, sondern der Wille des Gesetzgebers aus der Entstehungsgeschichte des § 61 IV zu entnehmen.

§ 61 IV entspricht im wesentlichen dem § 510 b ZPO. Der einzige Unterschied und zugleich der Grund für die besondere Aufnahme dieser Bestimmung in das Arbeitsgerichtsgesetz ist, daß § 510 b nur eine Kann-, § 61 IV dagegen eine Muß-Vorschrift für den Richter bedeutet [181]). Ein weiterer Unterschied zu den im übrigen völlig gleichgelagerten Vorschriften ist durch nichts gerechtfertigt. Der Sinn und die Entstehung des § 61 IV ergeben, daß eine Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO nur dann ausgeschlossen ist, wenn bereits im Urteil eine Entschädigung für den Fall der Nichtvornahme einer Handlung festgesetzt ist. Ist das nicht der Fall, so kann stets nach § 888 ZPO gegen den säumigen Dienstherrn vorgegangen werden [182]).

## H. Haftung des Dienstherrn bei Verletzung der Zeugnispflicht.

### I. Haftung gegenüber dem Dienstgehilfen.

Im Falle der nicht ordnungsgemäßen Ausstellung des Zeugnisses — gleichgültig, worin das Fehlen der Ordnungsmäßigkeit zu erblicken ist — kann dem Dienstgehilfen dadurch ein Schaden entstehen, daß er keine oder nur eine schlechtere neue Stelle erhält. Eine Ersatzpflicht des Dienstherrn wird zwar allgemein anerkannt, aber über die Anspruchsgrundlage herrscht in Literatur und Rechtspechung Streit. Ein Teil vertritt die Ansicht, daß der Dienstherr nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen haften müsse [183]), ein anderer meint, die Bestimmungen über den Leistungsverzug kämen zur Anwendung [184]). Schließlich wird auch ganz allgemein eine Ersatzpflicht des Dienstherrn bejaht, ohne eine Anspruchsgrundlage anzugeben [185]).

Der Zeugnisanspruch ist ein Anspruch aus dem personenrechtlichen Treuverhältnis; aus einem solchen folgen auch schuldrechtliche Pflichten, wie z. B. der auf Erfüllung. Auf die dahingehende Verpflichtung des Dienstherrn finden die Grundsätze des BGB insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem personenrechtlichen Charakter des Zeugnisanspruchs ein anderes ergibt. Die von der Wissenschaft entwickelten Sätze über die schuldhafte Störung der Abwicklung eines Schuldverhältnisses widersprechen dabei nicht der personenrechtlichen Grundlage des Anspruchs. Erteilt daher der Dienstherr auf Verlangen des Dienstgehilfen entweder überhaupt kein Zeugnis oder nur ein nicht ordnungsgemäßes, so hat der Dienstgehilfe einen Anspruch aus positiver Forderungsverletzung, der ihn berechtigt, Schadensersatz zu verlangen. Der Dienstgehilfe muß dartun, daß ihm ein Schaden entstanden, und daß dieser durch die Nichtausstellung bewirkt worden ist. Für die Schadensberechnung gelten die Bestimmungen der §§ 249 flg. BGB, wobei auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist, dessen Höhe bei Streit das Gericht gemäß § 287 ZPO nach freier Ueberzeugung unter Würdigung aller Umstände festsetzt.

Als weitere Grundlage für den Schadensersatzanspruch sind die Vorschriften über unerlaubte Handlungen heranzuziehen. § 823, I ist nicht anwendbar, selbst wenn dem Dienstgehilfen ein Vermögensschaden entstanden sein sollte, da das Vermögen als solches kein absolutes Recht im Sinne des § 823, I ist. Dagegen kann der Schadensersatzanspruch auf § 823, II gestützt werden, wonach die Schadensersatzpflicht bei Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz eintritt. Die Zeugnisvorschriften dienen nun zwar — wie festgestellt — einmal dem Schutz des Dienstgehilfen, um diesem das Fortkommen zu erleichtern; andererseits hat das Zeugnis als Befähigungsnachweis die Aufgabe, dem späteren Dienstherrn

---

181) Stein-Jonas § 510 b, VIII.

182) So die herrschende Meinung; vgl. die bei Franke, Sp. 516 Zitierten.

183) Planck § 630, 4 c.

184) Ritter § 73, 7; Landmann-Rohmer § 113, 1 a.

185) Warneyer, § 630, IV; Titze, S. 870; Oertmann, § 630, 5, b; Staub, § 73, Anm. 7; Lehmann-Ring, § 73, 3, a.

die Beurteilung des Dienstgehilfen zu ermöglichen, um diesem einen ihm zukommenden Arbeitsplatz im Interesse einer produktiven Arbeit anzuweisen. Das Zeugnis schützt also insoweit auch den zukünftigen Dienstherrn. Diese Tatsache enthält keinen Widerspruch. Der Dienstgehilfe soll vorwiegend geschützt werden, indem ihm der unverzichtbare Anspruch auf ein Zeugnis gewährt wird, den er nach Gutdünken geltend machen kann oder nicht. Läßt er sich ein Zeugnis ausstellen, so sollen sich allerdings die Leser auf die Richtigkeit desselben verlassen können. Der insoweit eintretende Schutz der späteren Dienstherren folgt also aus der Tatsache, daß der Dienstgehilfe die Erteilung eines Zeugnisses verlangt hat, nicht aus dem Zweck der Zeugnisbestimmungen. Wenn demnach diese vorwiegend zum Schutz des Dienstgehilfen geschaffen sind, so werden damit die vom RG für das Vorliegen eines Schutzgesetzes aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, und § 823, II ist als Anspruchgrundlage zu verwerten.

Denkbar ist auch eine Verletzung des § 824, falls es sich um Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen handelt, die geeignet sind, Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen herbeizuführen.

Schließlich kann unter Umständen in dem Verhalten des Dienstherrn, z. B. bei böswillig wahrheitswidriger Zeugnisausstellung, ein Verstoß gegen die guten Sitten gesehen werden, wobei der Dienstgehilfe seine Ansprüche aus § 826 BGB ableiten könnte.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine Ersatzpflicht des Dienstherrn für Schaden, der durch Nicht- oder nicht ordnungsgemäße Ausstellung eines Zeugnisses verursacht ist, nur dann eintritt, wenn er schuldhaft gehandelt hat. Die Ansicht von Bendix[186]), der sowohl Berichtungsansprüche als auch Schadensersatzansprüche wegen Unrichtigkeit des Zeugnisses nur auf die objektiven Mängel der Leistung gründen will, ohne Rücksicht auf irgendwelches Verschulden, ist nur bezüglich des Berichtigungsanspruchs zu teilen. Dieser Anspruch hat nicht zur Voraussetzung, daß der Dienstherr schuldhaft gehandelt hat, sondern die objektive Unrichtigkeit genügt. Bei einem Schadensersatzanspruch geht das aber zu weit und entspricht nicht dem Grundsatz, daß eine Ersatzpflicht für Schäden sowohl aus unerlaubter Handlung — sofern es sich nicht um eine Gefährdungshaftung handelt — als auch aus Vertrag nur bei Verschulden eintritt.

Im übrigen kann bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Dienstgehilfen mitgewirkt haben, das den an sich begründeten Schadensersatzanspruch nach § 254 BGB ganz oder teilweise entfallen läßt. Der Nachweis, daß der Dienstgehilfe wegen eines fehlenden oder unrichtigen Zeugnisses eine bestimmte Stellung nicht erhalten hat, kann nicht genügen; es muß außerdem geprüft werden, ob der Dienstgehilfe nicht doch eine andere Stelle hätte finden können, wenn er sich in geeigneter Weise darum bemüht hätte[187]).

Unrichtig ist, die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung als Anspruchsgrundlage heranzuziehen. Die Zeugniserteilung kann überhaupt nicht derart „unmöglich werden, daß an Stelle des Erfüllungsanspruchs der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung tritt, denn der Zeugnisanspruch ist unverzichtbar, also grundsätzlich auch unverlierbar, wie das die Folge bei einem Verlangen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wäre. Demnach ist nicht etwa § 280 anwendbar, wie Staudinger[188]) und Planck[189]) meinen.

## II. Haftung gegenüber Dritten.

Das Zeugnis äußert — wie wiederholt betont wurde — in seiner Aehnlichkeit mit einem Befähigungsnachweis Wirkungen gegenüber Dritten, nämlich der Vielzahl der als spätere Dienstherren in Betracht kommenden Personen. Der das Zeugnis ausstellende Dienstherr erfüllt daher nicht nur seine Treupflicht gegenüber dem Dienstgehilfen, sondern auch gewisse Pflichten gegenüber der Allgemein-

186) a. a. O., S. 106.
187) RAG. Bensheim, 26, S. 256 (261).
188) a. a. O. § 630, VI, 1.
189) a. a. O. § 630, 4, c.

heit. Daraus ergibt sich, daß die nicht ordnungsgemäße Erteilung des Zeugnisses auch gegenüber Dritten schadensersatzpflichtig machen kann. Es liegt in der Natur der Sache, daß hier nur ein zu günstig ausgestelltes Zeugnis in Frage kommt, auf Grund dessen ein Dienstherr im Vertrauen auf seine Richtigkeit einen Dienstgehilfen eingestellt hat.

Vertragliche Ansprüche zwischen neuem und altem Dienstherrn sind nicht vorhanden. Eine Haftung des Zeugnisausstellers kann daher nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung gegeben sein. In der Literatur und Rechtsprechung ist vereinzelt der Standpunkt vertreten worden, daß eine Haftung des Ausstellers aus § 823 herzuleiten sei, wobei eine auch nur fahrlässige Falschausstellung des Zeugnisses als Verschulden genügen würde; allerdings wird nicht klargestellt, ob Abs. I oder II Anwendung finden sollen[190]). Die Ansicht, daß der Zeugnisaussteller aus § 823 haften solle, ist nicht zu teilen. § 823, I ist nicht anwendbar, selbst wenn — was selten der Fall sein wird — ein absolutes Recht des neuen Dienstherrn verletzt wird[191]). Der Aussteller des Zeugnisses ist nicht derjenige, „wer . . . verletzt" im Sinne des § 823, I; er ist nicht der unmittelbare Schädiger, sondern nur der eingestellte Dienstgehilfe[192]). Die Kausalität der Zeugnisausstellung ist nur für die Anstellung des Dienstgehilfen, nicht auch für den eingetretenen Schaden adäquat.

§ 823, II kann ebenfalls nicht als Anspruchsgrundlage dienen. Die Zeugnisvorschriften sind zum Schutze des Dienstgehilfen, aber nicht des Dienstherrn erlassen[193]). Denkbar wäre, daß durch die falsche Zeugnisausstellung ein anderes Schutzgesetz, das zugunsten des späteren Dienstherrn wirken soll, verletzt ist, z. B. § 263 StGB, wenn die Voraussetzungen des Betruges seitens des alten Dienstherrn gegenüber dem späteren gegeben sind; dann ist aber mindestens dolus eventualis erforderlich. § 630 BGB jedenfalls ist nicht als Schutzgesetz zugunsten späterer Dienstherren anzuerkennen. Zusammenfassend ist also festzustellen, daß eine Haftung des Dienstherrn für falsche Zeugnisausstellung aus § 823, I und II, also bei nur Fahrlässigkeit nicht eintritt[194]), wie auch die herrschende Meinung annimmt.

Die Haftung für unrichtige Zeugnisausstellung kann auch auf § 826 begründet werden. § 826 erfordert eine gegen die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung, wobei dolus eventualis genügt[195]).

Bei der Frage der Sittenwidrigkeit ist hier unter Berücksichtigung der Bedeutung des Zeugnisses für die Allgemeinheit ein strenger Maßstab anzulegen. So handelt fraglos der Aussteller dann sittenwidrig, wenn er bewußt unwahre Angaben im Zeugnis macht; das gleiche gilt, wenn er wissentlich Tatsachen verschweigt, die für die Beurteilung des Dienstgehilfen wesentlich sind, etwa eine von diesem begangene strafbare Handlung[196]). Aber nicht nur in der b e w u ß t falschen Ausstellung oder w i s s e n t l i c h e n Verschweigung von Tatsachen liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten. Man wird hier an den Aussteller weitergehende Anforderungen stellen müssen, da er durch die Ausstellung eines Zeugnisses nicht nur eine Verpflichtung gegenüber dem Dienstgehilfen erfüllt, sondern Verantwortungen gegenüber der Allgemeinheit trägt. Daher ist hier der vom RG entwickelte Gedanke heranzuziehen, daß in besonderen Fällen auch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — sofern sie eine an Gewissenlosigkeit grenzende Fahrlässigkeit darstellt — gegen die guten Sitten verstößt[197]). Der Aussteller eines Zeugnisses wird seiner bedeutungsvollen und verantwort-

---

190) Planck, § 630, 7; OLG. 12, S. 421; RG. JW. 05, S. 369 läßt die Frage ebenfalls offen.

191) Im allgemeinen wird hier das Vermögen geschädigt werden, das nach § 823, I nicht geschützt ist.

192) Oertmann § 630, 5b; Staudinger § 630, VI, 1; u. a. m.

193) Vgl. S. 38 d. Arb.

194) Krückmann (a. a. O., Sp. 74) will die Haftung für Fahrlässigkeit damit begründen, daß der Zeugnisaussteller als Gehilfe nach § 830, II, dem einzustellenden Dienstgehilfen „durch sein Verhalten die physikalische Möglichkeit der Rechtsverletzung geschaffen hat." Diese Ansicht ist mit der h. M. abzulehnen, da Beihilfe nur v o r s ä t z l i c h e Unterstützung einer fremden Tat ist.

195) RGZ. 76, S. 313; JW. 05, S. 369; OLG.: JW. 1926, S. 2774; a. A.: Titze, in den Anm. zu JW. 26, S. 2774.

196) Titze, S. 872; Staub, § 73, 8; Hueck, Lehrb. I, § 49, I, 7; Becker Schl. W. 29, S. 55.

197) RGZ. 72, S. 175 (176).

lichen Aufgabe schon dann nach der Verkehrsanschauung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise nicht gerecht, wenn er sich in gewissenloser, gröbster Fahrlässigkeit ein Urteil bildet, auf Grund dessen er dann ein falsches Zeugnis erteilt. Allerdings muß sich der Aussteller auch hierbei bewußt sein, daß durch sein in leichtfertiger Weise gewonnenes Urteil die Möglichkeit eines Schadenseintritts geschaffen ist, und er muß diesen in Kauf nehmen [198]).

Hiergegen wendet sich zu Unrecht Titze [199]); es ist nicht einzusehen, warum hier nicht dieselben Voraussetzungen genügen sollen, wie sie sonst zu § 826 BGB als ausreichend angesehen werden.

## J. Auskünfte.

Die Auffassung, dem Dienstgehilfen dürfe kein „schlechtes" Zeugnis erteilt werden, um ihn nicht am Fortkommen zu hindern, hat dazu geführt, daß die Zeugnisse häufig möglichst nichtssagend ausgestellt werden [200]). Als Folge davon ist es vielfach üblich geworden, vor Einstellung eines Dienstgehilfen eine Auskunft einzuholen. Ihrem Wesen nach hängt die Auskunft eng mit dem Zeugnis zusammen, denn auch dieses ist nichts weiter als eine Auskunft. Während das Zeugnis aber dem Dienstgehilfen ausgehändigt wird, wodurch dieser in der Lage ist, dasselbe nach Gutdünken zu benutzen, wird die Auskunft meist ohne Wissen des Dienstgehilfen eingeholt; darin liegt für diesen eine Gefahr. Er erfährt von dem Ergebnis häufig nichts und hat daher keine Möglichkeit, die Richtigkeit der erteilten Auskunft zu überprüfen. Vielfach ist der Wunsch geäußert worden, die Auskünfte generell zu verbieten [201]), oder wenigstens die Verpflichtung zu statuieren, dem Dienstgehilfen den Inhalt von Auskünften mitzuteilen [202]); schließlich ist auch eine verschärfte Schadensersatzpflicht gefordert worden, die auch dann eintreten sollte, wenn der neue Dienstherr das Versprechen brach, keine Auskunft einholen zu wollen [203]). Der Gesetzgeber hat aber diesen Wünschen bisher nicht Rechnung getragen. In der geltenden Rechtsordnung ist ein Verbot usw. der Auskünfte nicht enthalten. Bei der wenig eingehenden Art und Weise der Zeugnisausstellung ist heute eine Auskunftserteilung sogar häufig unumgänglich notwendig, wie noch gezeigt werden soll.

Die Auskunftspflicht ist, abgesehen von einigen Sondervorschriften über die Auskunftserteilung an Behörden, im Gesetz nicht besonders geregelt; sie kann daher nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden. Hierbei hat der deutschrechtliche Gedanke der dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Treupflicht den Anhaltspunkt zu geben [204]).

### I. Das Verhältnis zwischen altem Dienstherrn und Dienstgehilfen.

#### 1. Recht auf Auskunftserteilung.

Nach geltendem Recht kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Dienstherr grundsätzlich zur Auskunftserteilung berechtigt ist, sogar ohne Wissen und gegen den Willen des Dienstgehilfen [205]). Der Dienstherr ist selbst dann zur Erteilung einer — wahrheitsgemäßen — Auskunft berechtigt, wenn dem Dienstgehilfen dadurch ein Schaden entsteht, sofern diese Auskunftserteilung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Der Dienstherr darf stets schon dann Auskunft erteilen, wenn

198) RG. JW. 05, S. 369/370.
199) In der Anm. zu JW. 1926, S. 2774.
200) v. Karger, S. 43; Titze, S. 872, Anm. 41.
201) Thiele, S. 143.
202) Jahrb. des Kfm. Ger. Berlin 1912, S. 435 Nr. 7.
203) Thiel, S. 49.
204) So auch Burchardt, S. 27.
205) Thiele, S. 142; Staudinger § 611, XV, 2; Hueck, Lehrb. I, § 49, II.

der Auskunftempfänger ein berechtigtes Interesse an dieser hat[206]). Dieses Ergebnis entspricht dem Grundsatz, daß der Dienstherr in der Lage sein soll, geeignete Arbeitskräfte zu finden. Weiter spricht dafür § 824, II BGB, wonach der Mitteilende bei Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Mitteilung seitens des Auskunfterteilenden oder des Empfängers nicht einmal dann haftet, wenn diese unbewußt unwahr erteilt wurde. Daraus folgt, daß für wahre Mitteilungen, die in berechtigtem Interesse erteilt werden, erst recht nicht gehaftet wird.

### 2. Pflicht zur Auskunfterteilung.

Eine andere Frage ist die, ob der Dienstherr auf Verlangen im Interesse des Dienstgehilfen über diesen eine Auskunft geben muß. Bisher wurde überwiegend die Ansicht vertreten, der Dienstherr sei zur Erteilung einer Auskunft grundsätzlich nicht verpflichtet[207]). Aber schon früher wurde von einem Teil der Wissenschaft nach Treu und Glauben eine Pflicht des Dienstherrn zur Auskunfterteilung anerkannt[208]). Nach neuerem Rechtsdenken ist auch in diesem Zusammenhange auf die Treupflicht des Dienstherrn gegenüber dem ausgeschiedenen Dienstgehilfen abzustellen. Diese Treupflicht erlischt nicht dadurch, daß ein Dienstverhältnis rechtlich nicht mehr besteht; so gut wie sie ohne ein solches entsteht[209]), kann sie auch nach der rechtlichen Beendigung desselben ihre Wirkungen äußern[210]). Das ist der Fall, wenn der ausgeschiedene Dienstgehilfe seinerseits dem Dienstherrn die Treue gehalten hat[211]). Eine Pflicht zur Auskunftserteilung ist für den Dienstherrn gegenüber seinem ehemaligen Dienstgehilfen jedenfalls dann gegeben, wenn dieser ein besonderes Interesse an einer Auskunftserteilung über das erhaltene Zeugnis hinaus hat, und das Schweigen des Dienstherrn für den Dienstgehilfen nachteilig ausgelegt werden kann[212]). Dies Interesse liegt z. B. stets vor, wenn über Einzeltatsachen, die im Zeugnis nicht erwähnt wurden, Auskunft eingeholt werden soll. Weigert sich der Dienstherr grundlos, die Auskunft zu geben, so haftet er dem Dienstgehilfen aus dem Treuverhältnis für den aus der Weigerung etwa entstehenden Schaden nach den Vorschriften über vertragliche Haftung.

Der Dienstherr muß die Auskunft der Wahrheit entsprechend erteilen, also auch gegebenenfalls Ungünstiges über den Dienstgehilfen aussagen. Dabei ist denkbar, daß der Dienstherr eine ungünstige Tatsache in dem erteilten Zeugnis, das über die ganze Tätigkeit ein Gesamt- und Durchschnittsurteil enthalten soll, zu Recht verschwiegen hat, weil sie gegenüber der Gesamtleistung unerheblich war. In diesem Falle darf der Dienstherr grundsätzlich keine Auskunft geben, außer, wenn der neue Dienstherr es ausdrücklich verlangt und die Einstellung des Dienstgehilfen unmittelbar von der Beantwortung der Frage abhängig macht. Wird der alte Dienstherr nun über diese Einzeltatsache um Auskunft aufgefordert, so muß er so darüber urteilen, wie sie bei alleiniger Betrachtung sich darstellt, also ungünstig.

## II. Verhältnis zwischen Auskunftserteiler und -empfänger.

Eine Verpflichtung des alten Dienstherrn gegenüber einem neuen auf Auskunftserteilung besteht nicht[213]). Die Auskunft ist vielmehr nach § 676 BGB zu beurteilen, sodaß eine Verantwortung des Auskunfterteilenden für etwaigen durch Unrichtigkeiten entstandenen Schaden sich hier nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung ergeben kann.

---

206) KG. in Gew. Kfm. Ger. Bd. 31, S. 227; Hueck, Lehrb. I, § 49, II; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 210; Thiele, S. 142.

207) Staub, § 73, Anm. 9; Kaskel-Dersch, § 41, I, S. 246; Hueck § 49, S. 286; RG. JW. 13, S. 195.

208) Staudinger, § 611, XV, 2; Titze, S. 873.

209) Vgl. S. 12 der Arbeit.

210) Als sogenannte „vertragliche Nachwirkung". Vgl. Siebert, Akad. Z. 36, S. 97.

211) Aehnlich RAG. Bensh. 20, S. 165, das allerdings noch das Vorliegen besonderer Umstände für erforderlich erachtet, um eine Nachwirkung zu bejahen.

212) So auch Burchardt, S. 28.

213) Nur wenn zwischen den Beteiligten ein Vertrag auf Auskunftserteilung besteht — was selten der Fall sein wird — kann sich eine Pflicht ergeben.

## III. Haftung des Dienstherrn bei falscher Auskunftserteilung.

Bei der wesensmäßigen Gleichheit der Auskunft mit dem Zeugnis[214]) unterliegt sie bezüglich der Richtigkeit denselben Anforderungen, die an das Zeugnis zu stellen sind. Tatsachen müssen daher objektiv wahr berichtet werden. Urteile sind so abzugeben, wie sie sich bei Würdigung der objektiv richtigen Tatsachen durch einen Normalmenschen ergeben würden.

### 1. Haftung gegenüber dem Dienstgehilfen.

Eine Haftung gegenüber dem Dienstgehilfen für eine unrichtige Auskunftserteilung tritt unter den gleichen Voraussetzungen ein wie bei der Zeugniserteilung. Insbesondere ist auch hier die Anspruchsgrundlage — außer den Vorschriften über unerlaubte Handlungen — die Treupflicht, deren Verletzung nach den Grundsätzen der vertraglichen Haftung zu behandeln ist; nicht etwa kann eine Haftung nur aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung hergeleitet werden[215]). Die Nachwirkungen der Treupflicht äußern sich auch nach der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses, so vor allem in dem Fall, wenn der Dienstherr dem Dienstgehilfen die Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes durch Erteilung einer Auskunft erleichtern soll.

Bezüglich der Einzelfragen über Umfang und Voraussetzungen der Haftung gelten hier die zur Frage der Haftung für ein unrichtiges Zeugnis aufgestellten Grundsätze.

### 2. Haftung gegenüber dem neuen Dienstherrn.

Für Voraussetzungen und Umfang der Haftung des Auskunfterteilenden gegenüber dem Auskunftsempfänger gilt dasselbe wie bei der Haftung für die Erteilung eines unrichtigen Zeugnisses. Allerdings ist bei der Auskunft die Möglichkeit einer vertraglichen Haftung denkbar, falls ausnahmsweise ein Vertrag zwischen den Beteiligten besteht, der die Auskunftserteilung zum Inhalt hat. Im übrigen wird im allgemeinen auch hier wie beim Zeugnis nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung eintreten, für die in vollem Umfange die Grundsätze über die Haftung für unrichtige Zeugniserteilung gelten.

---

214) Thiele, S. 148.

215) Zu Unrecht meint das RAG. Bensh. 26, S. 256, nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung annehmen zu sollen, wogegen sich Hueck in der Anmerkung der genannten Entscheidung mit Recht wendet.